Der abstrakte Vertrag
im Bürgerlichen Gesetzbuche in Beziehung zu § 138 Abs. 1.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Friedrich Jacoby
Referendar aus Dessau.

Approbiert am 14. November 1908.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

189

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0054

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Vorbemerkung 1

§ 2. Die Beziehung der Moral zum Recht 2

A. Die Lehre vom abstrakten Vertrage.

§ 3. Der Begriff des Rechtsgeschäfts und des Vertrages 5

§ 4. Kausaler und abstrakter Vertrag 6

(Der Unterschied beruht in der Bedeutung, die der Rechtsgrund, die causa, für jede von beiden Vertragsarten hat. S. 7. — Begriff des Rechtsgrundes im objektiven Sinne. S. 8. — Begriff des Rechtsgrundes im subjektiven Sinne. S. 9. — Beim abstrakten Rechtsgeschäfte ist das Vorhandensein eines Rechtsgrundes nicht Voraussetzung seiner rechtlichen Existenz. S. 9.)

§ 5. Der abstrakte Vertrag in der geschichtlichen Entwicklung 11

§ 6. Der abstrakte Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche

a) Im allgemeinen 13

b) Im Recht der Schuldverhältnisse 14

(Scheidung der abstrakten Geschäfte des Obligationenrechts von denen des Sachenrechts ist erforderlich. S. 14. — Die Abstraktheit stammt aus dem Willen der Parteien, nicht aus der Form. S. 14. — Ein Parteiwille, der von der causa vollständig abstrahiert, ist unmöglich. S. 15. — Auch verlangt die Verkehrssicherheit eine vom Gesetz vollführte Trennung des Verpflichtungswillens vom Rechtsgrunde im Obligationenrecht nicht, sondern nur im Sachenrecht. S. 16. — Das abstrakte Schuldverhältnis gewährt nur ein prozessuales, formelles Recht. S. 16. — Dies beweisen: die Protokolle, S. 17 — ferner die §§ 518, 656, 762—764, 2301. S. 18. — Die abstrakten Obligationen, die öffentlichen Glauben genießen, wie vor allem der Wechsel, gewähren ein materielles Recht. S. 20. — Auf Grund der abstrakten Obligation kann ein Versäumnis- und Anerkenntnisurteil ergehen. S. 20. — Der § 812 Abs. 2 steht der hier vertretenen Auffassung nur scheinbar entgegen. S. 21.)

c) Im Sachenrecht 22

(Die dinglichen Verträge sind mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs notwendig abstrakt. S. 22. — Die causa ist beim obligatorischen und dinglichen abstrakten Rechtsgeschäfte die gleiche, nur die Art der Abstraktion ist verschieden. S. 24. — Die Übertragungen von Grundstücksrechten sind abstrakt. S. 27. — Desgleichen die Übertragungen von Rechten an beweglichen Sachen. S. 28.)

Seite

B. Der abstrakte Vertrag in Beziehung zu § 138.

§ 7. Die Wirkung des § 138 auf die kausalen Verträge 31

(Die Bedeutung des § 138 im allgemeinen: Der Verstoß gegen die guten Sitten muß den Inhalt des Rechtsgeschäfts treffen. S. 31. — Die Anwendung unsittlicher Mittel allein macht den Vertrag nicht nichtig. S. 34. — Ebensowenig in jedem Falle das unsittliche Motiv. S. 34.)

§ 8. Die Wirkung des § 138 auf die abstrakten Verträge des Obligationenrechts 35

(Der abstrakte obligatorische Vertrag gewährt bei zugrunde liegender unsittlicher causa nur ein prozessuales Recht, soweit nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten aus dem Vertrage äußerlich schon hervorgeht. S. 35. — Der § 817 Satz 2 steht dieser Ansicht nicht entgegen. S. 37.)

§ 9. Die Wirkung des § 138 auf den dinglichen Vertrag.

a) Im allgemeinen 38

(Das dingliche Geschäft wird in seiner wirksamen Entstehung von der Unsittlichkeit der causa nicht berührt. Dies folgt aus dem Wortlaute des Gesetzes. S. 39. — Die Unsittlichkeit der Kontrahenten allein kann keine Nichtigkeit bewirken. S. 40. — § 138 Abs. 2 steht unserer Ansicht nicht entgegen. S. 41. — Die Abstraktheit der dinglichen Verträge wird durch den § 817 bewiesen. S. 42. — Die Stellung des § 138 im allgemeinen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches kann noch nicht beweisen, daß er sich auch auf die dinglichen Verträge erstrecken soll, da ja anerkanntermaßen auch noch andere für die Verträge im allgemeinen Teil gegebene Vorschriften auf den dinglichen Vertrag nicht anwendbar sind. S. 43. — Die gegnerische Auffassung würde praktisch zu schwierigen Konsequenzen führen. S. 45. — Dagegen bildet der § 138 nach der hier getroffenen Auslegung einen genügenden Schutz gegen das Eindringen der Unsittlichkeit in das Recht. S. 46.)

b) Auf die Übertragung von Eigentum 48

(Die Auflassung ist gültig, auch bei Bordellgrundstücken, S. 48, doch kann der Richter die Eintragung unter Umständen verweigern. S. 49. — Die rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragungen von beweglichen Sachen sind gleichfalls immer gültig. S. 49. — Die §§ 1444 und 1446 stehen der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. S. 53.)

c) Auf die Übertragung sonstiger dinglicher Rechte 54

(Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen kann infolge der akzessorischen Natur bei unsittlicher Forderung nicht entstehen, S. 54, wohl aber ist der Nießbrauch bei unsittlichem Rechtsgrunde gültig entstanden. S. 55. — Die Rechte an Grundstücken sind mit Ausnahme der Hypothek gültig entstanden, S. 55, die Hypothek wird jedoch Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld. S. 56. — Die Grundschuld ist immer gültig und unterliegt nur der Rückforderung im Umfang des § 817. S. 59.)

Literaturverzeichnis.

Ackermann, über das Verhältnis des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 S. 573—592.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Leipzig 1894.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1903.

Bolze, Zur Lehre von den Kondiktionen, insonderheit von der condicto sine causa. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 422 ff.

Bremer, Hypothek und Grundschuld. Göttingen 1869.

Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 2. Aufl. 1882.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Cohen, Kann aus einem mündlichen obligatorischen Vertrage auf Bestellung einer dinglichen Rechtsänderung des § 873 BGB. geklagt werden? In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 792 f.

Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Berlin 1899.

Collatz, Zum Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 40 S. 127 ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 Jena 1903, Bd. 2 Jena 1904.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 1 3. Aufl. 1906, Bd. 2 3. Aufl. 1907, Bd. 3 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1 1906, Bd. 2, 1 1899.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. 1892.

Eccius, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 Nr. 3 u. 4 S. 61 u. 95.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1903 S. 51.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Erlanger, Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 BGB. mit § 817 BGB. Diss. Erlangen 1904.

Fitting, über den Begriff der unsittlichen Bedingung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 56 S. 399 ff.

Förster, Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb. Im Recht Bd. 9 S. 356 ff.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 1 u. 2.

Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruches. In Leonhards Studien Bd. 7. Breslau 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1902.

Fuchs, Kann aus einem mündlichen obligatorischen Vertrage auf Bestellung einer dinglichen Rechtsänderung des § 873 BGB. geklagt werden? In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 747.

Gareis, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. Leipzig 1895.
Gneist, Die formellen Verträge. Berlin 1845.
Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.
Hachenburg, Die Nichtigkeit der gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte. Im 41. Jahresbericht der Juristischen Gesellschaft Berlin 1899/1900 S. 25—40.
Heise, Die Anwendung der §§ 134, 138 BGB. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts. Diss. Rostock 1902.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts. Jena 1868.
Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 1. München 1900.
Hölder, Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft. In der Deutschen Juristenzeitung 1908 S. 46 ff.
Jakobi, Recht, Sitte und Sittlichkeit. In Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 68 ff.
Ihering, Geist des römischen Rechts. Bd. 3. Leipzig 1871.
Ihering, Der Zweck im Recht. Bd. 1 Leipzig 1877, Bd. 2 Leipzig 1883.
Johow und **Ring**, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen. Jena 1899.
Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.
Juristische Wochenschrift.
Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, eine Kritik der in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrage. Berlin 1892.
Kipp, Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Rede beim Antritt des Protektorates der Universität Erlangen am 4. 11. 1899.
Klein, Kann das abstrakte Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche jemals wegen Unsittlichkeit nichtig sein? In der Allgem. Österreichischen Gerichtszeitung 1903 S. 391 f.
Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. Breslau 1901.
Klingmüller, Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Jena 1903.
Kohler, Die Ideale im Recht. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5 S. 161 ff.
Kohler, Der Ehemakellohn. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 317 ff.
Kohler, Der dingliche Vertrag. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18 S. 1 ff.
Krückmann, Über abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 1 ff.
Küchendahl, Kann aus einem mündlichen obligatorischen Vertrage auf Bestellung einer dinglichen Rechtsänderung des § 873 BGB. geklagt werden? In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 701 ff.
Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 213 ff.
Lenel, Der 63. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. In der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 454 f.
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.
Leonhard über Kindel in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 38 S. 503 ff.
Lotmar, Der unmoralische Vertrag. Leipzig 1896.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.

Matthiaß, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl.
Matthiessen, Die Gültigkeit der Bordellhypothek. In der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 534 ff.
Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.
Molitor, Obligatorischer Anspruch, dingliche Einigung und Eintragungsbewilligung. Im Recht 1903 S. 57 ff.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 3. Berlin 1899.
Neubecker, Der abstrakte Vertrag. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 22 Heft 1 S. 34 ff.
Neumann, Zur Lehre von dem Verpflichtungsgrunde. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 45 S. 503.
Nissen und Kaufmann, Wirkt die Anfechtung des Kaufalgeschäfts wegen Willensmangels auch auf die dingliche Einigung? In der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 348 ff.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1904.
Oertmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1908.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Oertmann, Der abstrakte Vertrag. In der Österreichischen Gerichtszeitung 1897 S. 251 ff.
Oertmann, Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 Nr. 5.
Pernice, Labeo. Halle 1873.
Philipp, Der Bordellverkauf. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Jahrg. 1 S. 384 ff., 420 ff.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 3. Aufl. 1903, Bd. 2 3. Aufl. 1907, Bd. 3 3. Aufl. 1906.
Predari, Die Grundbuchordnung v. 24. 3. 1897. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Ravit, Zur Lehre von den unsittlichen Verträgen und unsittlichen Bedingungen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 58 S. 1.
Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand Bd. 6 S. 71.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.
Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 412 f.
Rehbein, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1899.
Reichel, Die Bordellhypothek. In der Deutschen Juristenzeitung 1907 S. 109 ff.
Rieß, Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten. Breslau 1902.
Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 97 S. 211 ff.
Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin 1864.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3 Berlin 1840, Bd. 5 Berlin 1841.
Schey, Das Verhältnis zwischen der Eigentumsübertragung und ihrer causa. Im Österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis 1902 S. 361 ff.
Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten und der querela non numeratae pecuniae. Leipzig 1858.
Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig 1876.
Schloßmann, Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge. Greifswalder Diss. Breslau 1868.
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1906.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 10. Aufl. Leipzig 1901.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 8. Aufl. Berlin 1906, Bd. 2 8. Aufl. Berlin 1907.
Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. 5. Aufl., bearbeitet von Stranz. Berlin 1907.
Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5 S. 34 f.
Standinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 3. u. 4. Aufl. 1903.
Steinbach, Die „guten Sitten" im Rechte. In der Deutschen Juristenzeitung 1899 S. 47 ff.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Bd. 1 1882, Bd. 2 1883, Bd. 3 1885.
Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. Berlin 1902.
Strohal, Rechtsübertragung und Kaufalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Iherings Jahrbüchern Bd. 27 S. 364 ff.
v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.
Voigt, Über die condictiones ob causam. Leipzig 1862.
Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen. Basel 1901.
Windscheid, Die Voraussetzung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 161 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 7. Aufl. 1891.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl.
Wunderlich, § 873 BGB. und der obligatorische Vertrag. In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 791 f.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

§ 1.

Vorbemerkung.

In dem Bd. 63 hat das Reichsgericht in der Entscheidung Nr. 48 die Gültigkeit einer Bordellveräußerung sowie einer für Bordellkaufgelder bestellten Hypothek anerkannt und sich damit in Gegensatz zu früheren Entscheidungen und zum Teil auch zu dem Standpunkte, den die Wissenschaft bisher eingenommen hat, gestellt. In der neuesten Entscheidung [1]) hat das Gericht seinen Standpunkt wieder aufgegeben und die Gültigkeit einer Bordellhypothek verneint. Wenngleich die Frage, ob eine Bordellveräußerung gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist, in der Wissenschaft und Praxis vielfach erörtert worden ist, so ist man zu einer Einmütigkeit in ihrer Beurteilung keineswegs gelangt,[2]) so daß auch die genannten Entscheidungen ihre Anhänger und Gegner gefunden haben.[3]) Es ist dies erklärlich, da die Beantwortung der hier in Betracht kommenden Fragen ein Eingehen auf Rechtsbegriffe erfordert, die die Grundlagen des ganzen Rechtssystems bilden, zugleich aber von jeher zu den bestrittensten gehört haben. Abgesehen von den Begriffen des Rechtsgeschäfts, der sachenrechtlichen Einigung, von der Natur der Leistungsgeschäfte und dem Wesen der modernen Hypothek ist die grundlegende Frage von Bedeutung, wo das Privatrecht sich dem öffentlichen Interesse gegenüber eine Einschränkung gefallen lassen muß, indem nach der positiven Bestimmung des Gesetzes der Verstoß gegen die guten Sitten die Gültigkeit und den Bestand des von ihnen beeinflußten Rechtsgeschäfts in Frage stellt.

Wenn ich mit folgender Abhandlung diese berühmte Frage der Gültigkeit des Bordellkaufvertrages und der Bordellübereignung trotz der reichen bereits vorhandenen Literatur nochmals zum Gegenstande einer Betrachtung mache, indem ich von dem Einflusse der guten Sitten auf abstrakte Rechtsgeschäfte spreche, so geschieht es in der Absicht, gerade bei Bordellgeschäften in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht einer einschränkenden Aus-

---

[1]) Urteil v. 11. 3. 1908 in JurW. 1908 S. 297 f.

[2]) vgl. Förster im Recht Bd. 9 S. 356 ff.; Philipp in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern S. 384 ff. u. 420 ff. Für die Praxis: Entsch. des Landgerichts Dessau v. 28. 8. 1905 (2 T 148/05) und des Landgerichts Leipzig in DJZ. 1907 S. 111.

[3]) vgl. Reichel, Lenel, Matthiessen in DJZ. 1907 S. 109 ff., 454 f., 534 ff.

legung des § 138 das Wort zu reden.[4]) Ich tue dies in der Überzeugung, daß man bei weitgehender Auslegung des § 138 einesteils Unsicherheit in den Verkehr bringt, andererseits die Unsittlichkeit nicht verhindert, sondern bewirkt, daß gerade der sach- und rechtskundige Schuft aus der Unerfahrenheit des anderen Vorteile zieht und so die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften schlau dazu benutzt, mehr zu erlangen als der Redliche.[5])

§ 2.

Die Beziehung der Moral zum Recht.

Bei der Betrachtung der Rechtsentwicklung eines Volkes ist deutlich erkennbar, daß die Rechtssatzungen, die das betreffende Volk aufgestellt hat, sich aus seinen religiösen Anschauungen herleiten. Wie die Religion den Menschen zu einem Handeln anhält, das nach der Ansicht und Überzeugung seiner Volksgenossen für gut und richtig befunden wird, so soll auch das Gesetz den einzelnen zu einem Verhalten im Verkehrsleben erziehen, das mit den obersten, meist aus der Religion sich herleitenden Anschauungen über Sitte und Moral nicht in Widerspruch steht. Man hat von jeher das Gebot der Sitte und Sittlichkeit als das höchste Gesetz anerkannt und es bei Schaffung von Rechtssatzungen zur höheren Richtschnur erhoben. Das Gesetz darf die Moral nicht verletzen, das ist der Grundsatz.[1])

So ist denn auch von den älteren Rechtsordnungen das römische Recht auf sakraler Grundlage aufgebaut und daraus der Satz entstanden, daß ein Handeln, welches offen die guten Sitten verletzt, von dem Gesetz weder anerkannt noch geschützt wird.[2]) Noch mehr ist der Einfluß eines höheren, auf der Religion beruhenden Ideals im kanonischen Recht erkennbar, welches in erster Linie verlangte, daß die menschliche Gesetzgebung mit den kirchlichen Satzungen und den Idealen wahrer, religiöser Gerechtigkeit in Einklang zu bringen sei, ein Standpunkt, der mit dem kanonischen Rechte seinen Einfluß auch auf das gemeine und heutige Recht ausgeübt hat.

Immerhin wird in einem weiter entwickelten Rechte die Verknüpfung von Recht und Moral nicht so eng beschaffen sein, daß das Gesetz

---

[4]) vgl. neuerdings Hölder in DJZ. 1908 S. 46ff.

[5]) vgl. Ravit, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 58 S. 69.

[1]) vgl. u. a. Rehbein Bd. 1 S. 180; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 161ff.

[2]) vgl. Papinian (l. 15 D. 28, 7): quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

[3]) vgl. Lotmar S. 4ff. und Paulus (D. 50, 17, 144): non omne quod licet honestum est.

der Moral sich mit dem des Rechts deckt.[3]) Die Moral wird in der Regel, einen schärferen Maßstab an die Handlungsweise des Menschen anlegen, und manches Tun, was sie schon nicht mehr duldet, wird von dem Recht noch geschützt werden. Gleichwohl wird der Gesetzgeber stets danach trachten, den moralischen Anschauungen im Rechte möglichst zur Anerkennung zu verhelfen; das Gesetz soll sich, damit es auch seinen erzieherischen Wert behält, „in der Art entwickeln, daß es die Kulturideale stets hochhält, daß es stets zum Ausdruck bringt, die Menschheit sei nicht bloß um der realen Genüsse, sie sei überhaupt nicht bloß um ihrer eigenen Glückseligkeit willen da; es gebe auch höhere Dinge, die in dem Strom irdischer Schickungen mächtig sind und die Menschheit bewegen".[4])

So hat denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch diese Tendenz verfolgt, indem es die römischrechtlichen Begriffe der turpitudo und der boni mores übernommen[5]) und deren Einfluß einen weiten Spielraum eingeräumt hat. Das ist ausdrücklich geschehen im § 138, der im Abs. 1 bestimmt:

> „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig"

und im § 817 Satz 1:

> „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet".[6])

Darüber, ob es richtig war, den römischen Ausdruck „contra bonos mores" wörtlich übersetzt in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, gehen die Ansichten auseinander. Die Protokolle[7]) sagen darüber: „Der im Entwurf gebrauchte Ausdruck ‚gegen die guten Sitten' oder der Ausdruck ‚gegen die gute Sitte' sei beizubehalten; er sichere gegenüber der beantragten Ersetzung dieser Ausdrücke durch die Worte ‚gegen die Sittlichkeit' der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes". Danach besagt der Ausdruck mehr als der „gegen die Sittlichkeit". Ebenso Endemann[8]): „Die Verweisung auf die guten Sitten hat zwiefache Bedeutung: zunächst die Anpassung der sittlichen Anforderungen an das praktische Maß der allgemeingültigen Sitte und sodann die Begrenzung

---

[4]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 264 f.

[5]) Die Lehre von den turpes condiciones im römischen Recht ist vorbildlich gewesen für die Entwicklung der Bedeutung der turpes stipulationes und des agere contra bonos mores überhaupt; vgl. Fitting, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 56 S. 399 ff.; Ravit, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 58 S. 1 ff.

[6]) Der Ausdruck „gegen die guten Sitten" findet sich ferner noch in den §§ 819, 826 und im Art. 30 EG.

[7]) Bd. 1 S. 124.

auf das Rechtsgebiet, auf die hier anerkannten und durch die Übung juristisch rezipierten Sittenanschauungen".[8])

M. E. ist eine genaue Unterscheidung von guter Sitte, Sittlichkeit, sittlicher Pflicht usw. im Gesetz praktisch gar nicht so wesentlich, wenn auch die deutsche Sprache die Begriffe Sitte und Sittlichkeit auseinanderhält. Denn es haben die Begriffe vieles gemein; was sittlich gut ist, entspricht auch der guten Sitte, allerdings nicht immer umgekehrt; andererseits werden sie sich beide niemals objektiv bestimmen lassen, sondern immer einer schwankenden Anschauung unterworfen sein. Die Entscheidung, welche Sitte gut ist, richtet sich nach den moralischen Anschauungen des Volkes, die nach Zeit, Ort, Stand und Beruf verschieden sind. Und um das Handeln des einzelnen nicht nach strengen Gesetzen der Sittlichkeit, sondern nach diesen jeweiligen veränderlichen Anschauungen des Volkes zu beurteilen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch den weiteren Begriff „der guten Sitte" vorgezogen.

Indem das Gesetz im § 138 ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig erklärt, gewährt es, wie schon oben erwähnt, der Moral einen bedeutsamen Eingriff in das Recht. Wie weit tatsächlich dieser Eingriff reicht, darüber herrscht in Theorie und Praxis beständiger Streit. Denn einmal will man die guten Sitten auch dann auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts einwirken lassen, wenn der Verstoß gegen sie den äußerlich erkennbaren Tatbestand des Rechtsgeschäfts gar nicht berührt, so vor allem, wenn lediglich das Motiv des Handelnden die guten Sitten verletzt. Andererseits will man den § 138 unumschränkt auch auf die dinglichen Rechtsübertragungen anwenden, indem man sagt, daß allein die Stellung des § 138 im allgem. Teil des BGB. darauf hinweise, daß er sich auf obligatorische und dingliche Rechtsgeschäfte in gleicher Weise beziehen solle.

In der folgenden Abhandlung soll zu dieser Streitfrage Stellung genommen werden. Nachdem zu diesem Zwecke zunächst allgemein der Einfluß des § 138 auf obligatorische und dingliche Verträge geprüft ist, soll die Wirkung des Verstoßes gegen die guten Sitten auf die sogen. abstrakten Rechtsgeschäfte einer Betrachtung unterzogen werden, und da hierzu die Klarstellung des Begriffes des abstrakten Rechtsgeschäfts erforderlich ist, wird die folgende Darstellung zunächst diesem Zwecke dienen.

---

[8]) Bürgerl. R. Bd. 1 S. 602.

[9]) Anders v. Mayr S. 568: Die Terminologie des Gesetzes verkenne sichtlich den Unterschied von Sittlichkeit und guten Sitten ... der Absicht des Gesetzes zunächst dürfte es aber kommen, im allgemeinen den Verstoß gegen die guten Sitten auf dieselbe Basis zu stellen wie dessen Ausgangspunkt, den Verstoß contra bonos mores, auf die der Sittlichkeit; vgl. Jakobi in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 68ff.; Ihering, Der Zweck im Recht Bd. 2 S. 60ff.; Steinbach, DJZ. 1899 S. 46ff

A. Die Lehre vom abstrakten Vertrage.

§ 3.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts und des Vertrages.

Für den Begriff des Rechtsgeschäfts gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition, da „die Einzelbestimmungen den eingenommenen Standpunkt, der im wesentlichen der herrschenden Lehre entspräche, zur Genüge erkennen ließen". „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt, und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht".[1]) Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist sehr umstritten und vielfach erörtert.[2]) [3]) Man scheint jedoch darin übereinzustimmen, daß Rechtsgeschäfte Willenserklärungen sind, die auf die Hervorbringung eines rechtlich relevanten Erfolges gerichtet sind.[4])

Man unterscheidet das einseitige Rechtsgeschäft, das durch die Willenserklärung nur einer Person zustande kommt, und das zweiseitige, den Vertrag, der die Willenserklärungen zweier oder mehrerer Personen erfordert.

„Ein Vertrag kommt zustande durch die Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen, die sich auf die Herbeiführung eines gemeinsam gewollten und sie als gegenüberstehende Parteien verbindenden Rechtserfolges

---

[1]) Mot. Bd. 1 S. 126.

[2]) Ich will mich deshalb auch keineswegs unterfangen, in dieser Abhandlung zu der Streitfrage Stellung zu nehmen.

[3]) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 310 Anm. 1 u. 1a, wo hervorgehoben ist, daß der Begriff des Rechtsgeschäfts ein rechtswissenschaftlicher Begriff sei, d. h. ein Begriff, den die Rechtswissenschaft zu ihren Zwecken aufstellt, und daß daher jeder, welcher an der rechtswissenschaftlichen Arbeit teilnimmt, befugt ist, diesen Begriff zu gestalten, wie er es für zweckmäßig hält, vorausgesetzt, daß er in der Bezeichnung der zusammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft nicht sprachwidrig wird; vgl. ferner Oertmann, Allgem. Teil S. 295ff.

[4]) vgl. Bruck S. 3; Manigk S. 19ff.

bezieht.“ [5]) Jedem Vertrage wohnt jedenfalls, wie schon aus der Definition der Motive hervorgeht, die Betätigung zweier Willen inne.

Die Verträge trennen sich in Schuldverträge und dingliche Verträge. Durch ersteren verpflichtet sich der Schuldner, dem Gläubiger etwas zu leisten, durch den dinglichen Vertrag, der unter diesem Ausdruck im Bürgerlichen Gesetzbuch gar nicht vorkommt, wird die Leistung unmittelbar vollzogen, er bewirkt also den Vermögensübergang direkt. In beiden Fällen findet eine Willenseinigung statt, nur immer in anderer Richtung und mit anderer Wirkung. Beide Verträge aber dienen dem Güteraustausche, der Schuldvertrag bereitet ihn vor, der dingliche Vertrag führt ihn aus.

§ 4.

Kausaler und abstrakter Vertrag.

In jedem empirisch einheitlichen Vermögensgeschäfte kann man zwei Willensbestandteile unterscheiden: der eine ist gerichtet auf eine Vermögensverschiebung zwischen den Kontrahenten, der andere auf das, was causa oder Zweckbestimmung von der herrschenden Auffassung genannt wird, z. B. darauf zu schenken, Darlehen zu geben, eine Schuld zu bezahlen usw., also der eine gerichtet auf das juristische Mittel, der andere auf den Zweck.[1]) Bei fast sämtlichen Schuldverträgen ist die causa, der rechtliche Zweck, ein essentiale negotii.[2]) Um den Zweck zu erreichen, wird die Vermögensverschiebung, die in der Übertragung eines Vermögensobjektes oder eines Rechtes bestehen kann, vorgenommen. Deshalb sind die meisten Geschäfte in ihrer Gültigkeit von ihrem Zwecke abhängig, d. h. die Vermögensverschiebung tritt nur ein, wenn der gewollte Zweck erreicht und Gegenstand der Willenseinigung gewesen ist. Man nennt diese Geschäfte kausale Geschäfte.[3]) Den Gegensatz bilden die sogen. abstrakten Geschäfte.[4]) „Hier erfahren wir zunächst nichts darüber, ob Begründung oder Aufhebung eines Rechtes oder Schenkung Zweck des Geschäfts ist. Dieser Zweck gehört vielmehr im Gegensatz zum konkreten Geschäft, dessen Bestandteil er bildet, nicht zum Inhalt des abstrakten Geschäfts, diese causa ist ausgeschieden und in die Stellung des Motivs zurückgedrängt.“ [5])

Wie gesagt ist das kausale Rechtsgeschäft die übliche Rechtsform. Denn natürlicherweise habe ich, wenn ich z. B. ein Pferd verkaufe, vor allen Dingen den zu erlangenden Kaufpreis im Auge und will das Eigentum am Pferde nur aufgeben, wenn dadurch die vom Gesetz für beide

---

[5]) Endemann Bd. 1 S. 318.

[1]) vgl. Oertmann in Österr. GerZ. S. 249; Kipp a. a. O. S. 10.

[2]) Matthiaß S. 224.

[3]) Andere Ausdrücke: individuell charakterisierte (Windscheid, Pand. Bd. 2 § 319), materielle (Brinz, Pand. Bd. 2, 1 S. 139).

[4]) Oder formelle (Brinz a. a. O.), reine Rechtsgeschäfte (Windscheid a. a. O.).

[5]) Klingmüller, Rechtsgrund S. 33.

Parteien bestimmte Bindung und Verpflichtung, insbesondere die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme und Geldzahlung, eintritt.[6])

Das moderne abstrakte Rechtsgeschäft ist erst eine künstliche Konstruktion der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung und dem Bedürfnis einer Vereinfachung in der Übertragung der Vermögenswerte entsprungen. Denn bei der Entscheidung über die Gültigkeit eines abstrakten Rechtsgeschäfts, z. B. des Schuldversprechens, des Wechsels oder der Eigentumsübertragung, braucht der Richter nur zu prüfen, ob die Parteien die Verpflichtung des Schuldversprechens oder des Wechsels, den Eigentumsübergang gewollt haben, nicht auch, ob der von den Parteien dabei beabsichtigte Zweck erreicht ist, ob also die durch das abstrakte Geschäft hervorgerufenen Rechtsveränderungen auch, wie man sagt, materiell gerechtfertigt sind. Der Kläger braucht nur zu beweisen, daß ein Schuldversprechen gegeben und angenommen ist, daß eine wechselrechtlich gültige Verpflichtung vorliegt, daß eine Einigung über den Eigentumsübergang in Verbindung mit der Besitzübertragung stattgefunden hat; alle gegen die vollzogene Rechtsverschiebung etwa vorliegenden Einreden hat der Beklagte zu beweisen.

Der Unterschied in der Konstruktion beider Arten von Geschäften, den kausalen und den abstrakten, besteht, wie der Name sagt, in der Bedeutung der causa, des Rechtsgrundes; die Gültigkeit des kausalen Geschäfts ist abhängig von dessen Rechtsgrunde, während beim abstrakten Geschäft von der causa abstrahiert wird.

Man streitet darüber, wie weit eine derartige Abstrahierung überhaupt möglich und wie weit sie tatsächlich im Gesetze durchgeführt ist. Erschwert wird die Beantwortung dieser Frage deshalb, weil der Begriff des Rechtsgrundes überaus zweifelhaft ist, besonders da auch die römischen Quellen den Ausdruck „causa“ in dem weitgehendsten Sinne verwenden.[7])

Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht den Begriff des Rechtsgrundes im § 812, welcher bestimmt:

> „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet“.

Was man unter rechtlichem Grunde versteht, wird nirgends direkt gesagt, sondern nur durch die folgenden Paragraphen, die einzelne Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung aufführen, etwas erläutert. Der § 812 soll das Prinzip enthalten,[8]) ohne daß dieses genau genannt ist.[9]) Suchen wir daher den Begriff Rechtsgrund zu erläutern.

---

[6]) vgl. Schloßmann, causa S. 43.

[7]) vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 419ff.; Jung a. a. O. S. 20f.; vgl. auch für das ältere Recht die Literatur bei Kipp a. a. O. S. 25 Anm. 40.

[8]) Prot. Bd. 2 S. 684; vgl. Jung S. 16: Der Satz 1 des § 812 bedeutet vielleicht eine recht scharfe Fassung des Problems, aber nicht dessen Lösung; s. auch Mayr S. 41.

[9]) vgl. Jung S. 1 u. 17; Collatz, Ungerechtf. Vermögensverschiebung S. 8 u. 9; Bolze, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 422ff.

„Er besagt zunächst, daß irgendein Umstand vorhanden sein muß, der den Grund für die Existenz eines Rechtes abgibt. Ein solcher Umstand kann immer nur eine Tatsache sein, da Entstehung und Untergang, überhaupt das Sein von Rechten auch nur beim Vorhandensein bestimmter Tatsachen möglich ist.“ [10]) Das Gesetz sagt nun, daß beim Vorliegen einer bestimmten Tatsache eine rechtliche Wirkung in der Außenwelt hervorgerufen wird. Die Rechtsordnung knüpft an einen empirischen Tatbestand den Erwerb oder Verlust eines Rechtes unmittelbar und ausschließlich an. Eine Tatsache, an die das Gesetz keine rechtlichen Folgen knüpft, kann also kein Recht begründen. Wenn nun eine bestimmte Tatsache nach der Rechtsordnung die oder jene Rechtswirkung hervorruft und bestimmte Rechte begründet, verändert oder aufhebt, so ist für diese Veränderung des rechtlichen Zustandes das Gesetz der Grund; [11]) bestimmte nicht das Gesetz, daß eine Tatsache den oder jenen Rechtszustand hervorrufen soll, so würde die Rechtswelt von ihr gar nicht berührt. Rechtsgrund ist demnach der Rechtssatz oder das Gesetz.[12])

Die Tatsache, an die das Gesetz rechtliche Wirkungen knüpft, ist nach dem Gesetze der Kausalität ihrerseits durch Veränderung in der Außenwelt hervorgerufen. Worin diese Veränderungen bestehen, ist für die Rechtsordnung gleichgültig, da diese nur die letzte Tatsache für die Entstehung, Veränderung usw. eines Rechtes verlangt, dagegen nicht auf deren Ursachen zurückgeht. Als Beispiel diene der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb an beweglichen Sachen; hier verlangt das Gesetz nur die Einigung der Kontrahenten über die Vermögensverschiebung und die Übergabe, welchen Motiven diese Rechtshandlungen entspringen, ist für das Gesetz gleichgültig.

Setzen wir nun obigen Begriff des Rechtsgrundes in den § 812 ein:

> „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet“.

Das Resultat würde wenig befriedigen, der § 812 würde in allen den Fällen nicht angewendet werden können, wo die eingetretene Vermögensverschiebung formell gerechtfertigt erscheint, da das Gesetz sie vorschreibt, materiell aber ungerechtfertigt. Das Gesetz muß daher unter Rechtsgrund oder, wie es im § 812 sagt, unter dem rechtlichen Grunde etwas anderes verstehen, als in der obigen Erörterung gefunden ist. In der Literatur hat man denn auch allgemein [13]) den Rechtsgrund zweifach definiert, einmal im objektiven Sinne, wie eben geschehen, dann im subjektiven.

---

[10]) Klingmüller, Rechtsgrund S. 3.
[11]) vgl. Schloßmann, causa S. 29.
[12]) vgl. Klingmüller a. a. O. S. 2ff.
[13]) vgl. die Literatur bei Klingmüller, Der Rechtsgrund S. 8 unten.

Der Begriff des Rechtsgrundes im subjektiven Sinne ergibt sich aus folgender Erwägung[14]): Die Tatsache, die nach dem Gesetz Rechtsfolgen mit sich bringt — von Savigny juristische Tatsache genannt —, kann in einer menschlichen Handlung oder in einem Tatbestande anderer Art bestehen, z. B. die Geburt eines Menschen als Grund der Entstehung des Unterhaltsanspruches des Geborenen gegen seine Eltern oder der Tod als Grund für das Erbrecht. Die menschlichen Handlungen sind Willensäußerungen. Diese haben ihrerseits auch wieder ihren Grund in dem, was den seinen Willen Äußernden als Motiv zu dieser Äußerung veranlaßt hat, und das auf die Willensäußerung unmittelbar einwirkende Motiv ist der Rechtsgrund (im subjektiven Sinne), „die juristische Absicht des Geschäfts".[15])

Diese juristische Absicht geht nun entweder auf die Erlangung eines Gegenvorteils, der bereits geleistet ist oder dessen Leistung ich mit meiner Leistung bezwecke, oder auf eine Schenkung. Ist weder ein Gegenvorteil erlangt noch wenigstens ein Anspruch auf einen solchen erworben, noch eine Schenkung von dem seinen Willen Äußernden beabsichtigt, so fehlt der Vermögensübertragung der subjektive Rechtsgrund, während der objektive Rechtsgrund vorhanden ist, da ja sonst eine rechtlich gültige Vermögensverschiebung überhaupt nicht möglich wäre. Z. B. A hat dem B sein Grundstück aufgelassen; durch die Eintragung des B als Eigentümer im Grundbuch ist dieser nunmehr Eigentümer geworden, gleichgültig, ob dieser Vermögensverschiebung ein Kauf oder eine Schenkung zugrunde liegt. Der objektive Rechtsgrund ist vorhanden, das Gesetz; gleichwohl wird dem A ein Anspruch aus § 812 zustehen, wenn er weder einen Gegenvorteil erlangt noch eine Schenkung beabsichtigt hat, denn dann fehlt der eingetretenen Rechtsveränderung der subjektive Rechtsgrund.[16])[17])

Die Unterscheidung dieser beiden Begriffe des Rechtsgrundes ist von Bedeutung für die Trennung des kausalen und des abstrakten Rechtsgeschäfts. Dem letzteren fehlt der subjektive Rechtsgrund, jedenfalls ist er nicht Voraussetzung für die rechtliche Existenz des Geschäfts, wir erfahren hier nicht, warum, zu welchem Zwecke, in Erfüllung welcher zwischen den Kontrahenten bestehender Rechtsbeziehungen

---

[14]) vgl. Savigny, System Bd. 3 S. 3.

[15]) Gneist S. 118; vgl. Hesse S. 35 u. 39; Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 1 S. 3; Bähr § 3: Die Rückbeziehung auf eine juristische Funktion der Vermögensübertragung; Schlesinger S. 4: Beziehung auf eine Vermögensveränderung.

[16]) vgl. über den Begriff der causa im Gegensatz zum Motiv Manigk in Leonhards Studien zum BGB. Heft 5 S. 261.

[17]) In diesem Sinne wird die causa auch gebraucht in l. 1 § 6 D. de pec. const. 13, 5: debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu, sive certi sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocumque alio contractu.

die Vermögensverschiebung vorgenommen wird, es wird nur gesagt, daß die betreffende Vermögensverschiebung von beiden Kontrahenten gewollt ist. Der Tatbestand der durch das Rechtsgeschäft zu regelnden Beziehungen ist ein engerer als der des kausalen Geschäfts.[18])

Es ist nun darüber gestritten worden, ob eine derartige Abstraktion vom subjektiven Rechtsgrunde möglich ist, da man doch annehmen müsse, daß jeder vernünftig handelnde Mensch bei seinem Tun stets einen Grund habe und ein Handeln ohne Grund psychologisch undenkbar sei. Dem ist natürlich zuzugeben, daß jeder zurechnungsfähige Mensch tatsächlich bei all seinem Tun einen Grund hat, davon zu scheiden ist aber die andere Frage, ob nicht das Gesetz diesen Grund für das Entstehen von Rechtswirkungen für unerheblich erklären kann. Dies muß man bejahen, jedoch mit folgender Einschränkung: „Alle Rechtsgeschäfte, welche auf eine Vermögensverschiebung abzielen . . ., sind auf bestimmte Art von dem ihnen zugrunde liegenden Rechtsgrunde abhängig, und der Parteiwille kann diesen Zusammenhang zwar lockern, aber nicht lösen. Eine Vermögensleistung so zu bewirken, daß nach ihrem Rechtsgrunde gar nicht solle geforscht werden dürfen, ist absolut unmöglich".[19]) Dies würde sonst zu einem unglaublichen Resultate führen und dem Unredlichen Vermögensvorteile verschaffen, deren Erwerb „formell",[20]) aber nicht „materiell" gerechtfertigt ist. Es liegt hier ein Widerstreit vor zwischen der Bestrebung nach Billigkeit[21]) und der nach Vereinfachung des Güteraustausches. Erstere würde gefährdet, wenn die bloße auf die Rechtsveränderung allein gerichtete Willenserklärung für die Vermögensverteilung maßgebend wäre und bliebe ohne Rücksicht auf die Erreichung des Zwecks, der die Willenserklärung hervorgerufen hat. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die Rechtsgüter leichter übertragen werden können und daß für Dritte das Schicksal einer Sache wie überhaupt die ganze Rechtslage leichter zu erkennen ist, wenn nur der Übertragungswille erklärt zu werden braucht.

Unter Berücksichtigung dieser beiden Ziele des Rechts nach Billigkeit und nach Vereinfachung des Güteraustausches hat das Gesetz eine ausgleichende Regelung getroffen, indem es tatsächlich „den Zusammenhang zwischen der Vermögensverschiebung und dem Rechtsgrunde nicht löste, sondern nur lockerte".[22]) Dies hat es getan, indem es neben den kausalen als den hauptsächlichsten Geschäften das abstrakte Rechtsgeschäft konstruierte, bei dem allein der nackte Wille der Vermögensverschiebung diese herbeiführt, gleichwohl aber den Beteiligten Mittel an die Hand gibt, kraft deren die durch die starre Form des abstrakten Ge-

---

[18]) vgl. Jhering, Geist des röm. R. Bd. 3, 1 § 55.
[19]) Kipp, Der Parteiwille S. 10/11.
[20]) vgl. über diesen Ausdruck Jung S. 22/23; s. auch Schöninger S. 224 f.
[21]) vgl. über den Begriff der Billigkeit Jung S. 24 Anm. 48.
[22]) Kipp a. a. O.

schäfts eingetretene Rechtswirkung bei fehlender materieller Berechtigung derselben aus der Welt geschafft oder doch gemildert werden kann, ich meine die Rechtsbehelfe der condictio und exceptio.

§ 5.

Der abstrakte Vertrag in der geschichtlichen Entwicklung.

Die Möglichkeit der Abstrahierung einer Vermögensverschiebung von dem Rechtsgrunde ist, obwohl sie von manchen[1]) bestritten wird, durch die Rechtsentwicklung bestätigt.

Die Rechtsgeschäfte im ältesten römischen Recht, das, wie oben gezeigt, auf sakraler Grundlage aufgebaut ist, bewegten sich in starren und feierlichen Formen. Waren diese genau eingehalten, dann war das Rechtsgeschäft unanfechtbar gültig ohne Rücksicht darauf, ob die durch dasselbe herbeigeführte Vermögensverschiebung nicht doch eine Unbilligkeit enthielt. Die Rechtsgeschäfte waren demnach insofern abstrakt. Verbunden mit jener feierlichen Form waren fast immer eine gewisse Öffentlichkeit, wie z. B. Zuziehung von Zeugen, und ein sinnlich wahrnehmbarer Vorgang in der Außenwelt. Eine derartige Geschäftsform war möglich, solange der Verkehr einfach gestaltet war. Nachdem er jedoch im Laufe der Zeit mannigfache Formen angenommen, zugleich Geschäftsgewandtheit und damit verbunden Raffiniertheit und betrügerische Absicht ihren Einzug in das Verkehrsleben gehalten hatten, bildeten die starren Formen einerseits eine Hemmung des leichten Güteraustausches, andererseits eine Gefahr für den redlichen, die Berücksichtigung von Treu und Glauben verlangenden Verkehr. Daher erlitten die Rechtsgeschäfte allmählich eine Umgestaltung dahin, daß sie ihre starre Form abstreiften und den verschiedenen Arten des Güterverkehrs enger angepaßt wurden. Es bildete sich so das kausale Geschäft heraus, das bei mangelnder causa einer Anfechtung ausgesetzt war.

Die Römer kannten in der mancipatio und der in iure cessio zwei notwendig abstrakte Rechtsgeschäfte. Abstrakt waren auch die stipulatio,[2]) die allerdings im Laufe der Zeit bald ihre Eigenschaft eines notwendig abstrakten Rechtsgeschäfts einbüßte, und die acceptilatio,[3]) durch die die entstandene Stipulationsschuld wieder beseitigt wurde. Weitere abstrakte Rechtsgeschäfte waren die Zession und die Tradition.[4]) Letzterer Natur ist allerdings lebhaft bestritten, und zwar im Hinblick auf zwei

---

[1]) Besonders von Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund.

[2]) vgl. Sohm, Institutionen S. 369; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 22; Salpius § 36; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 212.

[3]) vgl. l. 19 § 1 D. 46, 4, § 1 I. 3, 29; l. 77 D. 50, 17.

[4]) vgl. Bähr S. 9ff.

Quellenstellen: der l. 36 D. 41, 1 von Julian und der l. 18 pr. D. 12, 1 von Ulpian. Ersterer sieht in der traditio ein abstraktes Geschäft, letzterer verteidigt ihre kausale Natur.[5])

Im Laufe der Zeit nahmen die abstrakten Geschäfte im römischen Recht an Bedeutung ab, besonders verlor die stipulatio[6]) bald ihre abstrakte Natur.[7]) Daher war es natürlich, daß das gemeine Recht dem abstrakten Geschäfte gleichfalls fremd gegenüberstand, obwohl es dem deutschen Rechte nicht unbekannt gewesen ist.[8]) Ebenso war es im allgem. Landrecht, welches für die Eigentumsübertragung Fehlerlosigkeit des titulus oder der causa als Voraussetzung verlangte. Trotzdem zeigte es sich, daß der immer mehr an Ausdehnung gewinnende Verkehr die Erleichterung eines abstrakten Vertrages nicht ganz entbehren konnte. Es gewannen die Grundschuld und im kaufmännischen Leben besonders der Wechsel,[9]) die Schuldverschreibung auf den Inhaber u. a. mehr und mehr an Bedeutung.

Einen großen Fortschritt in dieser Entwicklung bewirkte Bähr mit seiner Schrift „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" (1855). Hierin sucht er im Gegensatz zur bisherigen Lehre nachzuweisen, daß der abstrakte Verpflichtungswille in der Anerkennung, welche in der Gestalt des Anerkennungsvertrages wie Abrechnungsgeschäft, der einfachen Anerkennungserklärung, der Rechnungsstellung und des Schuldscheins zutage käme, an die Stelle der Stipulation getreten sei. „Wer bekundet, schuldig zu sein, will sich auf diese Schuld verpflichten. Das Beweismittel für eine Schuld wollen, heißt die Schuld versprechen."[10]) Das Extrem zu dieser Lehre gibt Kindel, der das abstrakte Rechtsgeschäft überhaupt leugnet.[11]) Im Anschluß an Bähr entstand eine lebhafte Kontroverse zwischen denen, die zu seinem Standpunkte hinneigten, und denen, die die heute noch von Kindel vertretene Ansicht teilten oder sich ihr wenigstens näherten.[12])

---

[5]) vgl. Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 363ff.; Dernburg, Pand. Bd. 1 §§ 2 u. 3; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 172 Anm. 15 u. 16a und die dort angeführte Literatur; Hesse S. 43ff.

[6]) Die pacta hatten ohne causa niemals Existenzberechtigung; vgl. darüber Hesse S. 100; Salpius S. 219ff.

[7]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 22; Schloßmann, causa S. 41; Hesse S. 114ff.; ferner l. 2 C. de const. pec. 4, 18: . . . cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est, permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi, et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.

[8]) vgl. Stobbe, Deutsches PrivR. Bd. 3 § 167; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 213 Anm. 2.

[9]) Allgem. deutsche WO. v. 24. 11. 1848.

[10]) Bähr § 58 S. 258.

[11]) Gegen Kindels Lehre insbesondere Leonhard in Gruchots Beitr. Bd. 38 S. 503—511 und Klingmüller, Rechtsgrund S. 39/40.

[12]) Schlesinger verneint die obligatorischen Formalkontrakte; vgl. u. a. Hesse S. 2: „Die ganze Lehre Bährs halte ich für verfehlt, praktisch für über-

In der Wissenschaft teilt man heute Bährs Ansicht nicht mehr in vollem Umfange, jedoch hat das Bürgerliche Gesetzbuch seine Anschauungen vielfach verwertet und damit den abstrakten Vertrag gesetzlich sanktioniert, nachdem dieser schon vorher besonders im Handelsgesetzbuche und in der Wechselordnung zur Anerkennung gebracht worden war. Der 1. Entw.[13]) nahm ihn auf, ohne diesen Schritt besonders zu rechtfertigen; als typischen Fall setzte er das Schuldversprechen, das der römischen stipulatio am nächsten kommt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nichts daran geändert und kennt daher den abstrakten Vertrag sowohl im Obligationen- wie im Sachenrecht. Die Protokolle[14]) sagen: „Gläubiger und Schuldner seien somit für berechtigt zu erachten, das Schuldverhältnis von dem bisherigen Verpflichtungsgrunde abzulösen und diesen durch die Anerkennung als einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund in dem Sinne zu ersetzen, daß der Inhalt des Schuldverhältnisses nicht durch ein Zurückgehen auf den früheren Verpflichtungsgrund, sondern durch den Anerkennungsvertrag bestimmt werde. Dies werde auch dann zugelassen werden müssen, wenn in Wirklichkeit das Schuldverhältnis, dessen Ergebnis durch die Anerkennung festgestellt werden solle, gar nicht bestanden habe, soweit nicht eine Anfechtung der Anerkennung wegen Irrtums über das als bestehend vorausgesetzte Schuldverhältnis in Frage komme". Allgemeine Bestimmungen über die abstrakten Rechtsgeschäfte hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht gegeben, obwohl man es betreffs des Anerkennungsvertrages in der 2. Kommission angeregt hatte. Abstrakte Rechtsgeschäfte finden sich in den Schuldverhältnissen in den §§ 780 (Schuldversprechen), 781 (Schuldanerkenntnis), 397 (Erlaß), 398 (Abtretung), 414 (Schuldübernahme), 784 (Annahme einer Anweisung), 793 (Schuldverschreibung auf den Inhaber) und als sonstige abstrakte Verträge die dinglichen Rechtsübertragungen des Sachenrechts.

§ 6.

Der abstrakte Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche.

a) Im allgemeinen.

Nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch den abstrakten Vertrag grundsätzlich ausdrücklich aufgenommen hat, sind die Streitfragen darüber, ob er vom Recht anerkannt wird, beseitigt, und die Meinungen gehen jetzt nur darüber auseinander, wie weit das Prinzip der Abstraktheit ausgedehnt und ob die vom Gesetz bestimmte Ausdehnung berechtigt ist. Neubecker[1])

---

flüssig und zwecklos, daneben aber im gemeinen Verkehr des Lebens für gefährlich und dem Rechtsbewußtsein des Volkes schnurstracks zuwiderlaufend. Sie untergräbt die sittliche Grundlage des Rechtes und wirkt demoralisierend auf das Volk".

[13]) Mot. Bd. 2 S. 688 u. 690.

[14]) Bd. 2 S. 502.

[1]) vgl. vor allem Neubecker im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 34 ff. u. 44.

hält im Gegensatz zu Bähr den abstrakten Vertrag um des modernen Verkehrs willen nicht für notwendig: „Das Bedürfnis des modernen Verkehrs ließe sich auf viel einfachere Weise befriedigen. Es verlange nicht, daß ein Nichtgläubiger um einer Formalität willen — und selbst die Form hätte man streichen wollen! — Gläubiger würde, es verlange einen raschen Prozeß (Urkundenprozeß usw.) und Schutz des gutgläubigen dritten Erwerbers. Das letztere Bedürfnis könne der abstrakte obligatorische Vertrag allein überhaupt nicht befriedigen wegen der absoluten Wirkung seines dogmatischen Reflexes, der Kondiktion und der Möglichkeit, daß der Zessus alle Einreden ex persona cedentis dem Zessionar entgegenstellt. Ferner führe ein abstrakter Vertrag, dem und soweit ihm ein rascher Prozeß nicht parallel gehe, fast nur eine fiktive Konstruktionsexistenz; sein praktischer Wert sei gering". Daß der abstrakte Vertrag vom modernen Verkehr nicht gefordert werde, zeige sich darin, daß kein außerdeutsches Recht den abstrakten obligatorischen Vertrag kenne.

Neubecker verwirft sowohl Bährs Lehre wie die Kindels, die beide deshalb zu falschen Ergebnissen führten, weil sie von falschen Voraussetzungen ausgingen, weil sie nämlich den obligatorischen und den dinglichen Vertrag parallelisierten. „Die rechtsbegründenden Akte des Obligationen- und Sachenrechts fließen Bähr zu der Vermögensübertragung zusammen, deren wichtigste Arten die Übertragung von Eigentum und die Begründung einer Obligation sind."[2]) Neubecker scheidet dagegen bei seiner Untersuchung die obligatorischen und dinglichen Verträge, welch letztere er Übertragungsverträge, im weiteren Sinne Verfügungen nennt.

b) Im Recht der Schuldverhältnisse.

Bezüglich der obligatorischen Verträge kommt Neubecker zu dem Resultat, daß diese Verpflichtungsakte nicht im materiellen Sinne, sondern nur prozessualisch abstrakt seien, indem sie Klagfundament und Beweisstellung gäben.

M. E. muß man diesem Ergebnisse zustimmen. Vor allen Dingen wollen wir gleichfalls im Gegensatz zu Bähr und Kindel Übertragung von Eigentum und Begründung einer Obligation nicht unter den Begriff der Vermögensübertragungen zusammenfassen, sondern die abstrakten Rechtsgeschäfte des Obligationenrechts und die des Sachenrechts einer gesonderten Betrachtung unterziehen.

Die Abstraktheit stammt nach dem Gesetze nicht aus der Form, nicht aus einem äußeren Tatbestande, sondern aus dem Willen der Parteien. Anders Klingmüller[3]): „Die Möglichkeit einer Abstraktion wird ge-

[2]) Neubecker S. 36; ähnlich wie Bähr Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 607.

[3]) Der Rechtsgrund S. 38; vgl. die dort Anm. 2 angegebene Literatur und Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 1208: „Die Form schafft die Verpflichtung".

boten durch Einführung einer besonderen für das Rechtsgeschäft bestimmten Form; diese ersetzt die causa und wird selbständig zum Verpflichtungsgrunde". Anderer Meinung ist Matthiaß[4]): „Die Bezeichnung Formalgeschäfte ist irreführend, da die Form mit der abstrakten Natur nicht im wesentlichen Zusammenhange steht". M. E. ist letzterer Standpunkt richtig. „Die Schrift ist nicht causa efficiens, nur condicio sine qua non."[5]) Die Abstraktheit des Rechtsgeschäfts wird nur durch die Form allein erkennbar, darum gibt es keine formlosen abstrakten Rechtsgeschäfte. Ist die für das betreffende abstrakte Geschäft vom Gesetz vorgeschriebene Form beobachtet und ist in ihm nichts erwähnt, was auf eine causa Bezug nimmt, so liegt bis zum Beweise des Gegenteils eine abstrakte Obligation vor.[6])

Daß die Parteien einen abstrakten Willen haben, sich zu verpflichten gleichgültig, weswegen oder wozu, ist ausgeschlossen.[7]) Daher kann ihnen das Gesetz auch keinen solchen Willen beilegen, da es nichts Widersinniges vorschreiben wird.

Die Gegner erwidern nun folgendes:

Ein abstraktes Wollen ist psychologisch undenkbar, es ist aber denkbar, daß das Gesetz bestimmt, es solle eine Rechtsverschiebung lediglich durch einen Vertrag eintreten, der nur die Tatsache, daß die Parteien die Verschiebung wollen, nach außen zu erkennen gibt. Ob die Kontrahenten tatsächlich im Innern mehr gewollt haben, nämlich daß die Rechtsverschiebung im Zusammenhange mit bestimmten, zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen erfolgen solle, kann das Gesetz für unerheblich erklären.[8]) Eine Rechtsverschiebung tritt durch die abstrakte Obligation zweifellos ein, auch wenn der Erfolg durch condictio oder exceptio wieder aus der Welt geschafft wird. Z. B. derjenige, der nach § 780 dem anderen eine Leistung verspricht, macht diesen in der Rechtswelt zum Herrn der dadurch entstandenen Forderung. Das Vermögen des Versprechensempfängers ist durch das nackte Versprechen bereichert, sowohl dem Versprechenden gegenüber wie allen Dritten. Der Gläubiger kann aus dieser rechtlichen Stellung nur durch die vom Schuldner bewiesenen, aus dem materiellen Verhältnisse entspringenden Einreden gedrängt

---

[4]) S. 224 Anm. 1.

[5]) Neubecker a. a. O. S. 74.

[6]) vgl. Kipp S. 11 f.; Cosack Bd. 1 § 162 III; Prot. Bd. 2 S. 505; Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 Nr. 17; Wieland § 9.

[7]) vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 97 S. 236 ff. u. 275 ff. u. 275 ff.; Klingmüller a. a. O. S. 36; Kindel a. a. O. S. 14; Bähr S. 10, 48, 114, 2, 12; Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 410; Hesse S. 36; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 212; Leonhard, Allgem. Teil S. 265 f.

[8]) vgl. Klingmüller S. 37: Die Rechtsordnung begnügt sich mit diesem — psychologisch unverständlichen — Inhalte; vgl. auch Ihering, Geist des röm. R. Bd. 3, 1 § 55: Dieser Abstraktionsprozeß ist eine Vereinfachung des Tatbestandes durch die analytische Ausscheidung des Kausalmomentes.

werden. Daß der Versprechende oder Anerkennende nach § 812 sein Versprechen resp. seine Anerkennung eventuell aus der Welt schaffen kann, kann nicht bewirken, daß die durch das Versprechen früher hervorgerufene Vermögensverschiebung überhaupt nicht eingetreten ist.

Diese Deduktion ist m. E. nur für die dinglichen Rechtsübertragungen und Verfügungen (im weiteren Sinne) zutreffend. Durch den obligatorischen Vertrag verpflichtet sich der Schuldner dem Gläubiger gegenüber, etwas zu tun (vor allen Dingen etwas zu leisten) oder zu lassen. Das Recht des Gläubigers richtet sich darauf, von dem Schuldner die Erfüllung dieser Verpflichtung zu erlangen. Es sind also Rechtsbeziehungen nur zwischen den beiden Kontrahenten entstanden, aber keine zwischen dem Gläubiger und dem Objekt der Leistung. Allerdings hat durch die Obligation eine Rechtsübertragung oder Rechtsbegründung stattgefunden, aber nur im Verhältnis der beiden Kontrahenten zueinander. Ihre rechtlichen Machtsphären sind zwar verändert, für unbeteiligte Dritte aber ist diese Veränderung gleichgültig; denn der Gläubiger hat erst eine Anwartschaft auf das Vermögensobjekt, dieses selbst gehört noch nicht zu seiner Machtsphäre. Anders bei der dinglichen Rechtsübertragung: Sie bedeutet für die ganze Rechtswelt, für jeden Dritten eine Vermögensverschiebung, da durch die Rechtsübertragung eine direkte rechtliche Beziehung des Erwerbers zum Vermögensobjekt begründet wird, mag nun dieses Vermögensobjekt in einer Sache oder in einem dinglichen Rechte bestehen. Bei den dinglichen Rechtsübertragungen ist die Vermögensverschiebung mit Abschluß des Vertrages vor sich gegangen, bei der Begründung einer Obligation soll die Verschiebung erst stattfinden. Für Dritte ist nur wesentlich zu wissen, wem die und die Sache gehört, nicht wer sie von dem zurzeit Berechtigten zu fordern hat. Aus dieser Verschiedenheit ergibt sich die Notwendigkeit, die Wirkung der Abstraktion bei obligatorischen und dinglichen Verträgen gesondert zu betrachten.

Kann man denn sagen: Kraft des abstrakten Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, eine Leistung zu fordern (§ 241)? Man kann nur sagen prozessual berechtigt; er hat im Prozesse die Stellung eines Gläubigers, er kann aber aus dieser Stellung wieder gedrängt werden, falls das materielle Recht ihm mangelt. Man könnte sich das folgendermaßen vorstellen. Zwischen den einzelnen Rechtssubjekten bestehen kraft eines Schuldverhältnisses rechtlich erhebliche Beziehungen, die in bestimmten Tatsachen ihren Ursprung haben. Räumt nun das eine Rechtssubjekt dem anderen durch Vereinbarung die Stellung des Gläubigers ein, indem A dem B z. B. abstrakt eine Schuld verspricht, so ist damit aus den gesamten gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Parteien ein Teil als der wichtigste herausgenommen. Aber es ist dies eben nur ein Teil,[9]) und als solcher

[9]) A. M. Oertmann, Österr. GerZ. 1897 S. 251: „Aber wie in aller Welt kann man das unter bewußter Abstraktion von seiner causa abgegebene Versprechen, 100 zahlen zu wollen, zu dem kaufweise erteilten gleichen Inhalts in das

muß er in die gesamten Rechtsbeziehungen sich einfügen lassen, ohne daß dadurch irgendein Widerspruch entstünde. Sollte ein solcher hervorgerufen sein, so sind die rechtlichen Beziehungen durch ein derartiges Schuldversprechen gestört. Die durch dasselbe eingetretene äußere Verschiebung der Machtsphären ist materiell unberechtigt; sie entspricht nicht der vom Recht gewährleisteten und bestimmten Ruhelage in den rechtlichen Beziehungen beider Rechtssubjekte; die Ruhelage ist vielmehr gestört, wenn die durch das abstrakte Schuldversprechen herbeigeführte Stellung nicht mit den rechtlichen Beziehungen, d. h. den Beziehungen, die das Recht schützt, übereinstimmt, wenn und solange also die Rechtsordnung dem, der nach dem Schuldversprechen Schuldner ist, Mittel gewährt, die eingetretene Veränderung auch gegen den Willen des Versprechensempfängers wieder auszugleichen. M. a. W. das abstrakte Schuldversprechen schafft nur formelle (das ist oben mit „Stellung" ausgedrückt), keine materielle Berechtigung.[10])

Daß der Gesetzgeber auch nicht weiter gehen wollte, ergeben die Protokolle,[11]) welche sagen: „Die Unabhängigkeit vom Verpflichtungsgrunde habe nur die Bedeutung, daß das Verhältnis der Obligation zum Verpflichtungsgrunde ein anderes werde. Bei den konkreten Schuldverhältnissen bilde der Verpflichtungsgrund einen Wesensbestandteil desselben; der Gläubiger müsse ihn geltendmachen und beweisen. Das abstrakte Schuldverhältnis bestehe ohne ihn; aber der Schuldner sei berechtigt, die Leistung wegen Mangels des Verpflichtungsgrundes zu verweigern. Nur sei es dann nicht Sache des Gläubigers, sondern Sache des Schuldners, den Mangel, auf den er sich stütze, nachzuweisen".

Wenn das Gesetz durch eine abstrakte Obligation ein materiellgültiges Recht entstehen ließe, so würde es inkonsequent handeln, wenn es Mittel gewährte, die durch das abstrakte Rechtsgeschäft hervorgerufene Wirkung wieder rückgängig zu machen. Es würde mit der einen Hand geben, mit der anderen Hand wieder nehmen. Wenn es gleichwohl in mehreren Fällen so handelt, wie wir unten sehen werden, so ist das noch kein Beweis dafür, daß in allen Fällen die abstrakte Verpflichtung materiell gültig ist, sondern es müssen immer noch Umstände hinzukommen, die eine an sich widersinnige Regelung gerechtfertigt und praktisch erscheinen lassen. Für das obligatorische Rechtsgeschäft im allgemeinen spricht aber kein solcher Umstand, auch nicht die Sicherheit des Verkehrs, die von den Ver-

---

Verhältnis eines Teiles zum Ganzen setzen wollen! Beide sind doch toto genere verschieden, und nur das mag im einzelnen Falle leicht zweifelhaft sein, ob wirklich die Absicht auf Abgabe eines vom Schuldgrunde losgelösten Versprechens ging"; vgl. Wieland S. 61 f. u. 182: „Der Wechsel begründet für den unmittelbaren Nehmer keinen neuen, von der causa unabhängigen, wohl aber einen inhaltlich veränderten Anspruch".

[10]) vgl. u. a. besonders Wieland S. 75 ff.

[11]) Bd. 2 S. 503.

fechtern des abstrakten Vertrages dafür vorgebracht wird. Denn inwiefern die Verkehrssicherheit erfordert, daß der, dem nach § 780 eine Leistung versprochen wird, auch als materiellberechtigter Gläubiger angesehen werde, obwohl seinem Rechte auf die Leistung eine Einrede entgegensteht oder das auf Grund des abstrakten Versprechens Geleistete vom Leistenden wieder zurückgefordert werden kann, ist m. E. nicht einzusehen.

Würde man annehmen, das abstrakte Rechtsgeschäft verschaffe dem in ihm als Gläubiger Benannten ein materielles Recht, so müßte bei einem abstrakten Schuldverhältnis ein Zurückgehen auf die causa und daraus entspringend ein Vorbringen von Einreden aus den dem abstrakten Vertrage zugrunde liegenden Beziehungen vom Gesetz für unzulässig erklärt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht nicht so weit, denn sonst würden die Bestimmungen über Schenkungsversprechen, über Ehemaklerlohn, über Spielschulden usw. illusorisch werden, man könnte die Formvorschrift des § 518 über die Schenkungsversprechen umgehen, indem man dieses in ein abstraktes Schuldversprechen, das nur Schriftlichkeit verlangt, umwandelt, man könnte in der Gestalt des abstrakten Schuldversprechens eine Spielschuld und einen Ehemaklerlohn als rechtsgültige Verbindlichkeiten entstehen lassen.

Hier zeigen sich die Konsequenzen der Ansichten über den abstrakten Vertrag am deutlichsten. Die Verfechter des abstrakten Vertrages müssen logischerweise in allen obigen Fällen gültige Verbindlichkeiten entstehen lassen, obgleich dadurch ein Widerspruch mit § 518 herbeigeführt wird. Denn dieser bestimmt ausdrücklich, daß wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis schenkweise erteilt wird, zur Gültigkeit des Vertrages gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich ist; ebenso muß nach § 2301 das Versprechen, das unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, in der Form der Verfügung von Todes wegen erfolgen.

Streitig ist, ob auch andere abstrakte Akte außer denen der §§ 780 u. 781 gleichfalls unter diese Vorschriften fallen, z. B. Anweisung, Scheck, Inhaberpapier und Wechsel. Die Motive[12]) sagen hierüber: „Die Entscheidung der Frage, ob nicht in gewissen Fällen wegen der besonderen Beschaffenheit des abstrakten Versprechens (z. B. wenn eine Schuldverschreibung auf Inhaber, eine indossable Schuldverschreibung, eine solche in Wechselform, ein Grundschuldbrief, die Annahmeerklärung auf einer Anweisung erteilt ist) eine vollzogene Schenkung vorliege, muß der Wissenschaft und der Praxis überlassen bleiben; es handelt sich dabei im wesentlichen um die aus der besonderen rechtlichen Natur der betreffenden Urkunde zu ziehenden Konsequenzen. Die Protokolle[13]) schließen sich dem an. Die

[12]) Bd. 2 S. 294.
[13]) Bd. 2 S. 20.

Meinungen über diese Frage sind geteilt, besonders bezüglich des Wechsels.[14]) M. E. sind die in den §§ 518 u. 2301 gegebenen Formvorschriften bei den genannten abstrakten Akten nicht erforderlich, weil bei ihnen „der Charakter des schuldrechtlichen Versprechens wohl zurücktritt hinter der Bedeutung dieser Wertpapiere für den Verkehr. Bei ihrer leichten Verwertbarkeit durch Übertragung bedeutet schon das Haben des Papiers einen reellen Vermögensvorteil",[15]) so daß mit der Hingabe des Papiers die Leistung perfekt ist. Bei den meisten dieser Papiere ist folgendes in Betracht zu ziehen: Der Zweck, den der Gesetzgeber mit der Aufstellung der Formvorschriften für Schenkungsversprechen verfolgt, geht dahin, den Geber vor Übereilung zu schützen.[16]) Das Versprechen soll durch die Form erschwert und der Schenker veranlaßt werden, sich die Sache genau zu überlegen. Eine ähnliche Erschwerung tritt aber auch bei genannten abstrakten Wertpapieren ein, die alle einer festbestimmten Form bedürfen, und es ist daher nicht einzusehen, weshalb nicht auch hinter dieser Form ein Schenkungsversprechen sich sollte verbergen dürfen.

Anders bei dem Schuldversprechen, das einem Ehemakler für seine Tätigkeit gegeben ist oder aus einem Spiel, einer Wette oder Differenzgeschäft sich herleitet. Aus derartigen Geschäften entstehen nach den §§ 656, 762—764 nur naturale Verbindlichkeiten, auch können derartige Verbindlichkeiten nicht dadurch, daß sie in das Gewand eines abstrakten Rechtsgeschäfts gekleidet werden, Klagbarkeit erhalten. Die herrschende Lehre nimmt dies für jede Eingehung einer Verbindlichkeit, z. B. auch für die eines Wechsels, an.[17])

Man muß allerdings folgendes in Betracht ziehen: Dadurch, daß der Gesetzgeber obigen Verbindlichkeiten die Klagbarkeit nimmt, gibt er, anders als bei den Schenkungsversprechen, die er nur erschwert, seine Ansicht zu erkennen, daß er solchen Verbindlichkeiten überhaupt nicht zur Durchführung verhelfen, sondern sie von Rechts wegen gänzlich ignorieren will. Wollte man nun z. B. einem Wechsel, der für eine Spielschuld ausgestellt ist, Gültigkeit verleihen, so könnte dadurch das erreicht werden, was der Gesetzgeber gerade verhüten wollte, der rechtliche Zwang solcher Schulden.[18])

---

[14]) vgl. Staub, WO. Art. 82 Anm. 38 u. 46 a; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 147 f.; Oertmann, Komm. z. BGB. § 518 Nr. 3 c; Planck, Bürgerl. R. Bd. 2 § 518 Nr. 2; Kindel S. 98; v. Thur S. 17 ff.; RG. Bd. 2 S. 5.

[15]) Matthiaß S. 532.

[16]) Mot. Bd. 2 S. 293.

[17]) vgl. RG. Bd. 51 S. 158 und Bd. 52 S. 39; Matthiaß S. 603; Oertmann, Komm. z. bürgerl. R. zu § 656; Planck Anm. 3 zu § 656 und Anm. 8 zu § 762; Staub, WO. Art. 82 Anm. 37; Neubecker S. 77; Stammler (S. 29) erklärt alle abstrakten Verträge über Ehemaklerlohn und Spielschulden für gültig und klagbar; Wieland S. 61 u. 133.

[18]) So auch Mot. Bd. 2 S. 645; Prot. Bd. 2 S. 800 f.; Hachenburg S. 26; anders Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 145.

Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, wie die Schuldverschreibung auf den Inhaber, der Wechsel usw. im Verkehr angesehen werden: der Wechsel verkörpert einen reellen Vermögensvorteil. Mit der Hingabe des Wechsels ist nach der Verkehrsanschauung i. S. der §§ 656 und 762 ff. schon etwas geleistet. Da aber das auf Grund des Spiels usw. Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, kann auch die Herausgabe des Wechsels nicht verlangt werden.

Die Protokolle[19]) sagen: „Übernehme der Verlierer eine Wechselverpflichtung, indem er z. B. einen vom Gewinner auf den Dritten indossierten Wechsel annehme, so liege hierin nach der Auffassung des Verkehrs eine Leistung an Erfüllungsstatt; ebenso sei es zu beurteilen, wenn der Verlierer den Dritten anweise, an den Gewinner zu leisten, oder wenn er eine von dem Gewinner ausgestellte Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber annehme, oder wenn er eine Schuld des Gewinners übernehme".

Ich möchte Wertpapieren, die einen öffentlichen Glauben genießen, vor allem also dem Wechsel Gültigkeit beilegen, auch wenn sie auf Grund einer Ehevermittlung, eines Spiels oder einer Wette ausgestellt sind, jedoch nur so weit, als der öffentliche Glaube es erfordert,[20]) also nur gutgläubigen Dritten gegenüber. Für den Wechsel hat dies ja die Wechselordnung[21]) ausdrücklich vorgeschrieben. Er ist ein Schulbeispiel einer abstrakten Verbindlichkeit, da der Wechselschuldner aus dem der Ausstellung des Wechsels zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse Einreden nur herleiten kann, soweit diese sich gerade gegen den jedesmaligen Kläger richten, im übrigen aber die Wechselverbindlichkeit allein den Verpflichtungsgrund für die geforderte Geldzahlung bildet.[22])

Das prozessuale Recht, das die abstrakte Obligation verleiht, bewirkt jedoch, daß der Gläubiger auf Grund der abstrakten Obligation ein Versäumnisurteil und, falls der Schuldner anerkennt, sich, wie der Gläubiger behauptet, abstrakt verpflichtet zu haben, und keine Einwendungen erhebt, ein Anerkenntnisurteil erwirken kann. Beides wird von Neubecker[23]) und anderen bestritten oder mindestens sehr in Zweifel gestellt; man sagt, da die Schriftform des Schuldversprechens nicht causa civilis efficiens, sondern nur condicio sine qua non sei, wäre durch Vorlegung des schriftlichen Schuldversprechens die Abstraktheit nicht bewiesen. Diesen Standpunkt halte ich für irrig. Ebenso wie der Gläubiger, der den Abschluß eines bedingungslosen Rechtsgeschäfts behauptet, auf Grund dieser Behauptung ohne jeden weiteren Beweis ein Versäumnisurteil erzielen

---

[19]) Bd. 2 S. 803.
[20]) vgl. Schloßmann, Die causa S. 87 f., und Wieland S. 71 ff.
[21]) vgl. Art. 82 WO.; Oertmann in DJZ. 1902 S. 107.
[22]) vgl. u. a. RG. Bd. 8 S. 97, Bd. 39 S. 144, Bd. 51 S. 158; Isay S. 108; Neubecker S. 82; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 785.
[23]) S. 76.

kann, muß man ihm das Recht auch einräumen, wenn er ein abstraktes Versprechen behauptet; abgewiesen darf er nur werden, wenn aus seinem Vorbringen der Abschluß eines kausalen Geschäfts hervorgeht und dieses die Klagforderung nicht hinreichend begründet.

Die Anhänger der Ansicht, daß das abstrakte Rechtsgeschäft ein materielles Recht begründe, führen zur Bestätigung der Richtigkeit ihrer Ansicht den § 812 Abs. 2 an, wo es heißt:

„Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses".

Diese Bestimmung wäre — so folgert man — unverständlich und überflüssig, wenn die Anerkennung, also das abstrakte Rechtsgeschäft, kein Recht begründet hätte. Denn dann könne der Schuldner mittels Einreden aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse die Wirkungen der Anerkennung beseitigen und bedürfe nicht erst noch der condictio aus § 812; die Anerkennung müsse also ipso iure gültig sein.

Es ist zuzugeben, daß die Bestimmung irreführend und wenig glücklich gewählt ist, so daß ein Widerspruch mit anderen Gesetzesbestimmungen, vor allem mit § 518, klar auf der Hand liegt. Bei solchen widerstreitenden Vorschriften muß man aber prüfen, welcher Vorschrift nach dem ganzen Zwecke des Gesetzes der Vortritt einzuräumen ist, und danach die entgegengesetzte Bestimmung auslegen. Und ich meine, daß dann auch der § 812 Abs. 2 der oben entwickelten Lehre vom abstrakten Vertrage sich anpassen läßt. Wir haben festgestellt, daß der abstrakte Vertrag wenigstens eine prozessuale Berechtigung und damit einen rechtlichen Vorteil gewährt. Wenn man nun auch diese eingeräumte günstige Stellung nicht als eine Leistung i. S. des § 241 BGB. ansehen kann, so kommt doch hinzu, daß man bei der Anerkennung eine schriftliche Schuldurkunde dem Anerkennungsempfänger aushändigt. Dieser bekommt also einen Schuldschein in die Hände, der ihm prozessuale Rechte verleiht, vor allem ihn des Beweises enthebt. An diesen Schuldschein knüpfen sich diese Rechte, ohne ihn können sie nicht geltend gemacht werden. Darum ist mit dessen Übergabe etwas geleistet, und die Urkunde kann als die Leistung angesehen werden, die mit § 812 Abs. 2 zurückverlangt werden wird. Zu ähnlichem Resultat kommt Hellwig[24]): „Auch wenn beide Personen identisch sind, ist der Anspruch des § 812 Abs. 2 insofern von selbständiger Bedeutung, als er auf Herausgabe des Papiers und auf Abgabe einer ausdrücklichen Befreiungserklärung gerichtet ist. Und zwar selbst dann, wenn die Schuld sonstwie aufgehoben wurde". Ich möchte im Gegensatz zu Neubecker auch letzterem beitreten, möchte also der ipso iure Gültigkeit des Aktes nicht nur wie jener eine bloß fiktiv dogmatische,[25]) sondern auch insoweit eine reale praktische Bedeutung beilegen,

[24]) Anspruch und Klagrecht S. 416.
[25]) S. 82.

indem ich sage, daß auch wenn durch Urteil dem Formalgläubiger gegenüber das Nichtbestehen einer Verbindlichkeit festgestellt ist, der Besitz des Schuldscheins auf seiten des Formalgläubigers für den Gegner immer noch störend sein kann. Letzteres ist natürlich nicht der Fall, wenn man wie Neubecker den Erlaß eines Versäumnisurteils auf Grund des vorgelegten Schuldscheins und der Behauptung einer abstrakten Verpflichtung für ausgeschlossen hält.

c) Im Sachenrecht.

Hat sich aus obigem ergeben, daß die sogen. abstrakten Rechtsgeschäfte im Recht der Schuldverhältnisse, soweit nicht die Wertpapiere öffentlichen Glaubens in Betracht kommen, die Abstraktheit nur in prozessualer Hinsicht besitzen, daß also eine vollständige Ausscheidung der causa durch Parteivereinbarung vom Gesetz nicht beabsichtigt wird, so ist dieser Grundsatz für das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches m. E. nicht zu halten. Der § 925 sagt nämlich:

> „Die zu Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden.
>
> Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam".

Hieraus wird gefolgert, daß die Auflassung von der Erreichung irgendeines rechtlichen Zweckes nicht abhängig sein darf, also ein im materiellen Sinne abstraktes Rechtsgeschäft darstellt. Und zwar muß nach dieser Bestimmung die Auflassung als notwendig abstrakt angesehen werden, während bei den übrigen Übertragungsgeschäften des Sachenrechts es zweifelhaft ist, ob sie sowohl als „Zweckzuwendungen" wie als „reine" (abstrakte) Zuwendungen[26]) vorkommen.

Die Motive[27]) erklären: „Die sachenrechtlichen Geschäfte sind notwendig abstrakter Natur". Diesen Satz hält man für irreführend, denn „hätte man dies durchführen wollen, so hätte man vorschreiben müssen, daß sie unbedingt abgeschlossen werden müssen, wie man dies z. B. bezüglich des Wechsels angenommen habe, um ihm die notwendig abstrakte Natur zu sichern. Dies habe man bei der Übertragung beweglicher Sachen aber nicht getan, nicht tun können".[28])

Betrachten wir nun den dinglichen Vertrag oder, wie das Gesetz sagt, die Einigung,[29]) so besteht diese lediglich schon in der erklärten

---

[26]) Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 § 176 V, 1b; vgl. auch Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 39.

[27]) Bd. 3 S. 7.

[28]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 223.

[29]) vgl. über die Ersetzung des Wortes „dinglicher Vertrag" durch „Einigung" Prot. Bd. 3 S. 56 ff.

Willensübereinstimmung über den Rechtsübergang und erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob auch die rechtlichen Beziehungen der Kontrahenten den Rechtsübergang gerechtfertigt erscheinen lassen. Daß diese Abstrahierung von der causa vollständig durchgeführt werden kann, wird vielfach in Frage gestellt, jedenfalls eine solche Regelung für unpraktisch erklärt.[30]) Strohal sagt dazu[31]): „Weitaus der größte Mißgriff, welcher der Reichszivilgesetzkommission hierbei (Mot. Bd. 3 S. 7 u. 9) unterlaufen ist, besteht m. E. darin, daß dieselbe sämtliche Rechtsübertragungsgeschäfte ohne jeden Unterschied nach derselben Schablone vom abstrakten dinglichen Vertrage behandelt hat. Infolgedessen sind daher auch einzelne hierher gehörige Bestimmungen des Entwurfs so geraten, daß sie nicht nur praktisch bedenkliches, sondern sogar schlechthin unmögliches Recht enthalten".

Es ist zuzugeben, daß man das Prinzip des abstrakten dinglichen Vertrages nicht allzuweit ausdehnen darf, und daß vor allem zu berücksichtigen ist, daß außer bei der Auflassung das Gesetz den abstrakten Vertrag nicht für notwendig, sondern für ausreichend erklärt.[32]) Auf der anderen Seite ist zu betonen, daß die Frage, ob die vom Gesetz getroffene Regelung vorteilhaft ist, für die Auslegung der Gesetzesbestimmungen nicht ausschlaggebend ist, und daß man, weil man die betreffenden Bestimmungen für unpraktisch hält, das Gesetz nicht gewaltsam uminterpretieren darf.

Die verschiedene Behandlung des abstrakten Vertrages beim Obligationen- und beim Sachenrecht findet, wie schon oben erwähnt, ihre Rechtfertigung in dem Wesen des dinglichen und des obligatorischen Rechts. Das dingliche Recht einer Person an einer Sache bezeichnet das Verhältnis dieser einen Person zu dieser Sache, es sagt uns, zu welchem Herrschaftsgebiet eine bestimmte Sache gehört, das obligatorische Recht trifft die Beziehungen einer Person oder besser eines Rechtssubjekts zu dem anderen in bezug auf eine Sache. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche sind die Vorschriften über dingliche Rechte unabhängig von den obligatorischen Rechtsbeziehungen der beteiligten Subjekte gegeben; es kann also eine Verschiebung der Vermögenswerte eintreten, ohne daß dieselbe den zwischen den Beteiligten obwaltenden Beziehungen entspricht und in ihnen ihre Rechtfertigung findet.[33]) Man sagt in solchem Falle: die Vermögensverschiebung ist ungerechtfertigt und muß daher rückgängig gemacht werden. Hieraus ist zu ersehen, daß für die endgültige und maßgebende Gestaltung der Vermögenswerte die Bestimmungen des Obligationenrechts den obersten Maßstab bilden, da es sich nach ihnen richtet, ob eine

---

[30]) vgl. Neubecker S. 67: „Wie weit die Abstraktion reicht, ist zweifelhaft, festzustellen ist, daß die Parteien nicht die allgemeinen Schranken des Privatrechts durchbrechen können".

[31]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 394.

[32]) vgl. besonders Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 223 u. 338.

[33]) vgl. Mugdan Bd. 3 S. 523; Küchendahl in JurW. 1901 S. 702.

auf Grund der Vorschriften des absoluten Rechts eingetretene Vermögensverschiebung in der Rechtswelt unanfechtbar bleibt oder nicht. Die Vorschriften des Sachenrechts stellen demnach starre Regeln auf, d. h. sie bringen rechtliche Wirkungen zur Entstehung, gleichgültig, ob der dadurch herbeigeführte Zustand dem Rechtsempfinden, also dem, was man als gerecht und als rechtmäßig im Sprachgebrauch bezeichnet, entspricht.

Bei dieser Sachlage muß der Gesetzgeber Mittel geben, die eingetretene Vermögensverschiebung ganz oder insoweit rückgängig zu machen, wie es nach den Bestimmungen des obligatorischen Rechtes zur Herbeiführung einer gerechten Verteilung der Vermögenswerte erforderlich erscheint. Diese Mittel sind tatsächlich im Gesetze gegeben, und zwar vor allem in den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung der §§ 812 ff.

Wie schon oben erwähnt, ist die Auflassung auf jeden Fall notwendig abstrakt, während die übrigen dinglichen Verträge des Sachenrechts zum mindesten abstrakt sein können. „Diese positive Regelung ist eine künstliche. Sie bezweckt Vereinfachung und Durchsichtigkeit des Tatbestandes und damit Erleichterung des Beweises und der Negotiabilität der Rechte.“[34]) Treffend sagt auch Jung[35]): „Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in bezug auf den Zustand der Wertverteilung, auf die Frage der Zugehörigkeit zu dem oder dem Vermögen, sollen unabhängig sein von den mit dem Vorgang der Wertbewegung zusammenhängenden rechtlichen Beziehungen zwischen den beiden bestimmten Beteiligten“. Ferner[36]): „Die absolute Rechtslage eines jeden ist für alle Rechtsgenossen von Wichtigkeit, weil die Gesamtheit seiner Zustandsrechte passiv den Gegenwert für seine Verpflichtungen bildet und aktiv gegen jeden Störer latente Ansprüche enthält; darum soll die Vermögenszugehörigkeit der Zustandsrechte nicht von für Dritte nicht erkennbaren Wertbewegungsvorgängen beeinflußt, sondern an gewisse äußere Kriterien, Besitzübergabe usw. geknüpft sein“. Dieses Prinzip ist denn auch im Gesetze durchgeführt und kommt z. B. in den Bestimmungen der §§ 892 u. 1006 BGB. deutlich zum Vorschein.

Vergleichen wir die Abstraktheit des dinglichen Rechtsgeschäfts mit der des obligatorischen, so finden wir darin Übereinstimmung zwischen beiden, daß die abstrakte Rechtsübertragung immer dritten Unbeteiligten gegenüber die äußere Stellung des Berechtigten gewährt. Im übrigen soll die causa bei beiden verschieden und ebenso „die Abstraktion als ein auf der causa ruhender negativer und darum relativer Begriff verschieden

---

[34]) Matthiaß S. 224 C; vgl. Leonhard, Allgem. Teil des BGB. S. 267.

[35]) S. 36 Anm. 64.

[36]) Ebenda S. 131.

geartet sein".[37]) Jung[38]) faßt sämtliche causae zusammen zu dem Begriff der causa condicendi,[39]) da die causa nach unserem positiven Rechte nur so in selbständiger Erscheinung auftrete, indem bei ihrem Fehlen die Wirkung des abstrakten Rechtsgeschäfts wieder rückgängig gemacht werden könne. Diese Auffassung paßt sowohl für die Definition der causa des dinglichen Rechtsgeschäfts wie für die der causa des obligatorischen. Denn in jedem Falle tritt bei dem abstrakten Rechtsgeschäfte eine Veränderung in der Rechtswelt ein; der Neuerwerbende tritt auch bei Rückforderbarkeit der Leistung im Verhältnis zu Dritten zu dem Vermögenswerte in eine andere Beziehung als vorher: beim abstrakten obligatorischen Rechtsgeschäfte wird er zwar nicht Gläubiger, wie oben ausgeführt, doch erlangt er die Position des Gläubigers; bei dem abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfte tritt eine unmittelbare Vermögensverschiebung ein, der Neuerwerbende wird z. B. bei der abstrakten Eigentumsübertragung allen Rechtsgenossen gegenüber Herr der Sache, sogar dem Veräußerer gegenüber, solange dieser nicht Schritte unternimmt, die eingetretene Vermögensverschiebung wieder rückgängig zu machen. Immer tritt die causa hier als causa condicendi auf und ist „der objektive Schuldgrund, die besondere Ursache, welche wir für jede Wertbewegung zwischen zwei bestimmten Beteiligten verlangen".[40])

Die obligatorischen Beziehungen zwischen den einzelnen Rechtssubjekten bestimmen allein, wie die Vermögenswerte verteilt und wann die vollzogene Verteilung dem „Recht" entspricht. Und zwar entspricht es allerdings auch dem Recht, nämlich dem Rechtssatze, wenn eine Sache durch Einigung und Übergabe aus dem Herrschaftsgebiete des einen in das des anderen übergeht, denn dieser Übergang findet statt kraft positiver Rechtsregelung, doch ist dieses Recht, welches die Wertverschiebung tatsächlich eintreten läßt, unter eine höhere Richtschnur gestellt, welche bestimmt, wann die Vermögensverschiebung für immer und allen, auch dem verlierenden Teile gegenüber bestehen bleiben soll. Und diese Richtschnur hat gleichfalls im Gesetz ihren Ursprung und als Ziel die gerechte Ausgleichung, d. h. das Bestreben, zwischen den Menschen und den Vermögenswerten einen Zustand herbeizuführen, der nach dem angeborenen Empfinden aller Anspruch auf Anerkennung und Schutz verdient.[41])

M. E. trifft nach alledem für die Kondiktionstatbestände die Ausführung Jungs[42]) zu: „Kausalbeziehung einer Zuwendung oder auch

---

[37]) Neubecker S. 66; vgl. Bolze im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 453; Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 286 Anm. 14; Leonhard, Allgem. Teil des BGB. S. 264; Zitelmann, Allgem. Teil des BGB. S. 132.

[38]) S. 70 f.

[39]) Ähnlich auch Hesse S. 28.

[40]) Jung S. 72.

[41]) vgl. hierüber Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 677 f.

[42]) S. 72.

Leistung liegt vor, wenn die vorgenommenen Änderungen der absoluten Rechts- oder Genußlage eine direkte rechtliche Wirkung auch auf die relativen Beziehungen des Empfängers haben; und rückforderbar, sine causa ist eine Leistung, wenn die bei der vorgenommenen Änderung der Güterlage bezweckte Rechtswirkung auf die Beziehungen des Empfängers zu bestimmten Personen ausgeblieben ist, aus irgendwelchem Grunde ausgeblieben ist, wobei sich aus der Art und den Gründen dieses Versagens eine weitere Einteilung der auf Leistung beruhenden Kondiktionstatbestände ergeben wird".[43])

Ebenso wie die Beantwortung der Frage, ob eine Leistung gerechtfertigt ist, hängt die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines abstrakten obligatorischen Verpflichtungsaktes, wie z. B. des Schuldversprechens, von den obligatorischen Beziehungen der Parteien ab. Ich meine darum, nicht die causa, sondern die Art der Abstraktion ist mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des obligatorischen und des dinglichen Rechts in beiden Rechtsgebieten verschieden. Wenn ich z. B. jemandem in der Form des § 780 BGB. eine bestimmte Geldsumme zu geben verspreche, so ist dies, wie oben ausgeführt, psychologisch nur so zu verstehen, daß ich dieses Versprechen aus bestimmten, nicht erwähnten Gründen abgegeben habe, also entweder um einen Gegenvorteil zu erlangen oder um dem anderen ein Geschenk zu machen; es haben mich jedenfalls bestimmte zwischen mir und dem anderen obwaltende und mir bei dem Versprechen vorschwebende Beziehungen zu dieser Verpflichtungserklärung veranlaßt. Händige ich nun tatsächlich später dem anderen die versprochene Summe aus, so will ich durch die Einigungserklärung, die zur Übereignung des Geldes führt, nicht lediglich das abstrakte Schuldversprechen erfüllen, sondern habe hierbei gleichfalls die Absicht, einen Gegenvorteil zu erlangen oder zu schenken. Verlange ich das Geld mit der condictio zurück, so muß ich die materielle Ungültigkeit des Schuldversprechens beweisen und zu diesem Zwecke auf die dem Schuldversprechen zugrunde liegenden Beziehungen zwischen mir und dem anderen zurückgehen, um die mangelnde causa darzutun. Die causa ist demnach in jedem Falle die gleiche.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Abstraktion immer die gleiche sein muß. Ebenso wie es in der Hand des Gesetzgebers liegt, ob er abstrakten Rechtsgeschäften Gültigkeit beilegen will, so kann ihm auch das Recht zustehen, zu bestimmen, wie weit die Abstraktion durchgeführt werden soll. Insbesondere wird der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches, das durch seine Bestimmungen über Treu und Glauben ermöglicht, das Recht allen Lebensverhältnissen anzupassen, ohne daß durch strikte Rechtsanwendung eine Unbilligkeit zu befürchten wäre, das Prinzip der Abstraktheit nicht bis zur äußersten Härte durchgeführt haben. Er wird dieses starre Rechtsinstitut möglichst nur da ganz zur Geltung gebracht

[43]) vgl. auch Windscheid im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 171 ff.

haben, wo die Sicherheit des Verkehrs eine solche absolute und unmittelbare Abgrenzung der Rechtssphären, wie sie durch ein abstraktes Rechtsgeschäft krassester Art bewirkt wird, erheischt. Die Verkehrssicherheit verlangt nun vor allem darüber Aufschluß, welches Schicksal die Vermögenswerte haben, und es hat dementsprechend das Gesetz für deren Übertragung Bestimmungen getroffen, durch die ihre Stellung zu bestimmten Rechtssubjekten äußerlich möglichst klar erkennbar wird. Daß der Gesetzgeber dieses Bestreben gehabt hat, zeigen z. B. der § 1006 und vor allen Dingen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Bei der Erreichung des genannten Zieles bildet das abstrakte Rechtsgeschäft einen wirksamen Behelf.

Gibt es nun eine allgemeine ausdrückliche Vorschrift im Gesetze, daß die dinglichen Rechtsübertragungen abstrakt seien? Nirgends.[44]) Diejenigen Bestimmungen, die von einem abstrakten Vertrage reden, sind enthalten besonders in den §§ 873, 877, 929 ff., während nach § 925 die vertragliche Übereignung von Grundstücken offenbar nur in abstrakter Form möglich ist.

Die §§ 873, 877 u. 925 beziehen sich lediglich auf Grundstücke. Der Grundstücksverkehr vollzieht sich durch das Grundbuch, und daher sind auch alle Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch auf das Grundbuchsystem zugeschnitten und ihm allein angepaßt. Das Grundbuch genießt öffentlichen Glauben, d. h. jeder kann sich auf die Richtigkeit seines Inhalts verlassen, sofern ihm die positive Unrichtigkeit nicht bekannt ist (§ 892). Ferner können Rechte an Grundstücken durch Vertrag nur durch Eintragung in das Grundbuch begründet, verändert oder aufgehoben werden (§ 873). Diese beiden Grundsätze des Gesetzes machen ersichtlich, daß das Schicksal der einzelnen Vermögenswerte, die absolute Rechtslage, für jeden Interessenten genau erkennbar sein und daß man nicht erst danach zu forschen brauchen soll, ob denn die nach dem Grundbuche festgestellte Vermögensverteilung auch den obligatorisch rechtlichen Beziehungen der beteiligten Rechtssubjekte entspricht. Es ist diese Regelung — die Frage nach der Zweckmäßigkeit kann hier unerörtert gelassen werden — vom Gesetzgeber getroffen in der Überzeugung, hierdurch Sicherheit in den Verkehr zu bringen. „Unser Recht ist aus Zweckmäßigkeitsgründen zur Zerlegung eines in Wirklichkeit einheitlichen Geschäfts gekommen und zur selbständigen Gültigkeit des Leistungsgeschäfts.“ [45]) Letzterer Satz ist für die Rechte an Grundstücken zutreffend und für diese auch wohl allgemein anerkannt.

Dagegen spalten sich die Meinungen bei der Frage, ob obiger Grundsatz auch auf die übrigen dinglichen Rechtsübertragungen auszudehnen sei. Mag man betreffs der Zweckmäßigkeit der in dieser Beziehung getroffenen Regelung geteilter Ansicht sein, mit Rücksicht auf die §§ 929 ff. ist die

---

[44]) Nur die Motive erklären, die sachenrechtlichen Geschäfte seien notwendig abstrakter Natur.

[45]) Jung S. 131.

Tatsache, daß der Gesetzgeber auch für die Übertragung von Rechten an beweglichen Sachen das abstrakte Rechtsgeschäft eingeführt hat, m. E. nicht abzuleugnen. Was ihn hierzu veranlaßt hat, insbesondere ob man die Verkehrssicherheit auch hier als Grund gelten lassen will, ist allerdings zweifelhaft. Die Trennung des Leistungsgeschäfts von den obligatorischen Beziehungen erscheint vor allem bei der Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen gezwungen, weil hierbei im Verkehr meist jede Förmlichkeit fehlt und die Einigung über die kausale Bedeutung der Vermögensverschiebung mit der Einigung über diese selbst fast immer zusammenfällt, da hier das Gesetz anders als bei den Grundbuchgeschäften eine Trennung nicht vorschreibt.[46]) Wenn ich dem anderen eine Sache verkaufe und übergebe, so bin ich mit dem Mitkontrahenten nicht nur über den Eigentumsübergang einig, sondern ich will ihm das Eigentum auf Grund des Kaufvertrages verschaffen als Gegenleistung für das bereits gezahlte Geld oder in der Erwartung, dafür den vereinbarten Kaufpreis noch zu erlangen. Oder wenn ich jemandem ein Geschenk übergebe, so sind wir nicht nur darüber einig, daß der andere das Eigentum an dem geschenkten Gegenstand erlange, sondern daß er diesen auch bewußt als Geschenk zu eigen erwirbt, indem also eine Gegenleistung von seiner Seite nicht begründet sein soll. Im gewöhnlichen Leben wird es überhaupt die Regel bilden, daß das Vorliegen einer dinglichen Einigung i. S. des § 929 erst aus dem obligatorischen Vertrage gefolgert und jene Einigung allein gar nicht erklärt wird.

Alles dies kann aber die Möglichkeit der abstrakten Übereignung im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht in Frage stellen. Für den Tatbestand des dinglichen Leistungsgeschäfts wird die nackte Willenseinigung der Kontrahenten über die Vermögensverschiebung herausgegriffen, um durch sie in Verbindung mit der Übergabe oder ihres Ersatzes die dingliche Rechtswirkung hervorzurufen. Das Gesetz sagt im § 929 nicht, daß zur Eigentumsübertragung die Einigungserklärungen der Kontrahenten nötig seien, sondern es verlangt, daß beide einig sind.[47]) Es bedarf also für die Herbeiführung der Rechtswirkung eines fertigen Zustandes, des Einigseins, hat dagegen an dem Zustandekommen dieser Einigung etwa durch zwei sich deckende Erklärungen wie beim obligatorischen Vertrage keinen Anteil. Aus diesem Grunde halte ich die Möglichkeit einer bedingten Einigungserklärung für ausgeschlossen,[48]) denn eine solche bringt noch kein Einigsein i. S. des § 929 hervor, ist demnach rechtlich unbeachtlich.[49])

[46]) Anders Planck, Bürgerl. R. Bd. 3 Anm. 3b zu § 929; vgl. auch Bähr S. 9ff. und Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 394.

[47]) vgl. Eccius in Gruchots Beitr. 1903 S. 52.

[48]) Anders Hesse S. 60f.; Planck, Bürgerl. R. Bd. 1 Anm. 1b zu § 138; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 223; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 412; RG. Bd. 57 S. 95ff.

[49]) Zu gleichem Resultate kommt Enneccerus, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 344; ähnlich Bolze im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 455; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 116ff.; Philipp S. 421.

Eine andere Regelung ist zwar denkbar, doch vom Gesetze offenbar nicht gewollt, denn dann hätte es einfach eine Verschiebung der absoluten Rechtslage nur zusammen und im Einklang mit den obligatorischen Beziehungen der Kontrahenten als möglich zugelassen. Allerdings fehlt eine ausdrückliche Bestimmung über die Bedeutungslosigkeit der obligatorischen causa für den dinglichen Effekt,[50]) doch ist damit nicht gesagt, daß das Gegenteil gelten soll, vielmehr wird bei dem Mangel einer diesbezüglichen Bestimmung der Standpunkt der richtige sein, der sich mit den übrigen Vorschriften, also hier besonders mit dem § 817 in Einklang bringen läßt. Gerade weil es ausgeschlossen ist, daß eine dingliche Einigungserklärung von einem Kontrahenten abstrakt abgegeben würde, ohne daß er sie wenigstens in seinem Innern in Abhängigkeit von der causa gebracht hätte, war die Hervorhebung im Gesetze nötig, daß aus der Willensvereinigung der Kontrahenten die Einigung über die Vermögensverschiebung allein als ausreichender Grund für den Eintritt einer Rechtswirkung angesehen werden soll. Wollte man die Möglichkeit einer kausalen oder einer durch die causa ausdrücklich bedingten Einigung behaupten, je nachdem die Vereinbarung der Kontrahenten lautet, so wäre die Bestimmung im § 929, die die abstrakte Einigung für ausreichend erklärt, unpraktisch. Wenn man sie nur für anwendbar erklären wollte, falls die Parteien sich abstrakt geeinigt hätten, dann würde sie niemals in Kraft treten, da eine abstrakte Einigung auf seiten der Kontrahenten psychologisch undenkbar ist und sie daher nur kraft gesetzlicher Bestimmung selbständig in der Rechtswelt existieren kann.

Sind die Kontrahenten bei der Übereignung einer beweglichen Sache im Dissens über den Rechtsgrund, so soll nach vieler Ansicht[51]) gleichwohl Eigentum übertragen sein, da beide über den Eigentumsübergang einig gewesen seien. Ich halte dies für die logische Konsequenz des oben dargelegten Standpunktes. Die Einigungserklärungen und damit auch die Einigung selbst beruhen auf einem Irrtum beider Kontrahenten, deshalb kann aber die Tatsache, daß über die dingliche Übereignung Einigkeit geherrscht hatte, nicht abgeleugnet werden. Da eine Einigung über die causa fehlt, mithin ein Dissens in den Willenserklärungen in dieser Beziehung vorliegt, fehlt die für den obligatorischen Vertrag erforderliche Einigung, und es kann daher wegen Mangels des rechtlichen Grundes (der subjektiven causa) die Vermögensleistung nach § 812 rückgängig gemacht werden.

Welchen Einfluß hat die Abstraktheit der Eigentumsübertragung im Prozesse? Der Kläger behauptet abstrakte Einigung und Übergabe der verlangten beweglichen Sache: Ist der Beklagte nicht er-

---

[50]) vgl. Neubecker S. 67.

[51]) vgl. Planck, Bürgerl. R. Anm. 3b zu § 929; Krückmann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 1 ff.

schienen, so kann Versäumnisurteil und bei Anerkennung seitens des Beklagten Anerkenntnisurteil ergehen, da ja eben nach dem Gesetze abstrakte Einigung genügt. Wie nun, wenn der Beklagte die Einigung bestreitet? Dann kann der Kläger ihm sowohl den Eid darüber zuschieben, oder er kann die Einigung dadurch beweisen, daß er auf die obligatorischen Vereinbarungen, die der dinglichen Übertragung zugrunde gelegt waren, zurückgeht. Diejenigen, die neben der abstrakten Einigung auch die kausale zulassen, kommen hier zu einem unpraktischen Ergebnis, wenn der Beklagte die Abstraktheit der Einigung bestreitet. Muß dann nicht immer auf das Kausalverhältnis zurückgegangen werden? Oder wie sollte die Abstraktheit bewiesen werden, sollte der Kläger dem Beklagten hierüber den Eid zuschieben? Einen solchen Eid, durch den er die abstrakte Einigung abschwört, würde er wohl in jedem Falle leisten können, da er sich sagen kann, daß er die Einigungserklärung in seinem Innern sicherlich nicht von den kausalen Beziehungen getrennt hat.

Was über die traditio gesagt ist, muß auch für die übrigen Eigentumserwerbsarten, wie brevi manu traditio, constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruches, gelten. Denn bei allen dreien wird nur die Übergabe durch etwas anderes ersetzt, während die Einigung immer erforderlich ist.

Der gleichen Behandlung unterliegen ferner die Übertragung und Begründung von sonstigen dinglichen Rechten an beweglichen Sachen; von letzteren dürfte wohl nur der Nießbrauch in Betracht kommen, da das Pfandrecht, wie unten[52]) noch gezeigt werden soll, eine besondere Behandlung erheischt.

Endlich sind auch abstrakt die sonstigen Rechtsübertragungen oder Verfügungen, insbesondere Abtretung, Schuldübernahme, Erlaß, da bei allen diesen Rechtsgeschäften eine unmittelbare Verschiebung der Vermögenswerte eintritt und daher auch hier die Sicherheit des Verkehrs verlangt, daß man nicht erst das Vorliegen und die Gültigkeit der weiter zurückliegenden causa zu prüfen braucht.

---

[52]) S. 54.

B. Der abstrakte Vertrag in Beziehung zu § 138.

§ 7.

Die Wirkung des § 138 Abs. 1 auf die kausalen Verträge.

Nachdem wir in den bisherigen Ausführungen das Wesen und die Bedeutung des abstrakten Vertrages für das Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen festgestellt haben, soll jetzt geprüft werden, wie der § 138 auf jene Verträge einwirkt. Natürlich richtet sich die Art dieser Einwirkung danach, wie weit man die Abstraktion im Gesetz für durchgeführt hält, und daher wird hier die Stellung, die man zum abstrakten Vertrage einnimmt, äußerst praktisch. Dementsprechend spalten sich auch die Meinungen, indem die einen sagen, der abstrakte Vertrag könne ebenso wie der kausale gegen die guten Sitten verstoßen und sei daher nichtig, die anderen, es sei unmöglich, daß er jene verletze, da bei ihm die causa in das rechtlich unerhebliche Gebiet gedrängt und der noch übrige in die äußere Erscheinung tretende Tatbestand des Rechtsgeschäfts der Moral gegenüber indifferent sei. Für letztere Auffassung sprechen zunächst insbesondere der § 817, der sonst kaum verständlich wäre, und für das Obligationenrecht speziell der § 812 Abs. 2; auf der anderen Seite ist zu erwägen, daß durch die absolut abstrakten Rechtsgeschäfte, die von der Moral unberührt bleiben, Förderung des Unsittlichen erreicht werden könnte, eine Wirkung, die das Gesetz, wie die §§ 762—764 beweisen, zu verhüten sucht und durch die Bestimmung des § 138 anscheinend allgemein verhindern will.[1])

Der Wortlaut des § 138 gibt keinen Aufschluß darüber, wie weit sich seine Vorschrift erstrecken soll. Seine Stellung im allgemeinen Teil scheint darauf hinweisen zu wollen, daß er sich sowohl auf das Obligationenrecht wie auf das Sachenrecht bezieht, insbesondere wo man allgemein die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit, Vertragsschluß, Stellvertretung

[1]) Man spricht auch von einem Gesetzeswiderspruche zwischen den §§ 138 und 817 BGB.; vgl. insbesondere Erlanger, Diss. Erlangen 1904; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 219.

usw., wie sie der allgemeine Teil vorschreibt, auf den dinglichen Vertrag für anwendbar erklärt. Erschwerend wirkt der Umstand, daß über den Begriff der Einigung keine Einigkeit herrscht. Viele leugnen, daß die Einigung überhaupt ein Rechtsgeschäft sei, da sie keine selbständige rechtliche Wirkung erzeuge,[2]) so daß also schon aus diesem Grunde der § 138 für alle dinglichen Übertragungsgeschäfte unanwendbar wäre.

Darüber, wie der § 138 zu verstehen ist, äußern sich Motive wie Protokolle. Ursprünglich, im 1. Entw., lautete die analoge Bestimmung[3]):

„Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig".

Nach den Motiven[4]) sollen nicht nur Rechtsgeschäfte, welche „eine den guten Sitten widerstreitende Leistung zum Gegenstande haben", nichtig sein, sondern unter Umständen auch „solche Rechtsgeschäfte, durch welche eine sittenwidrige Leistung nicht versprochen wird, deren Inhalt aber mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzt". Nichtigkeit soll eintreten, „wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletzt".[5]) Ferner heißt es ebenda: „Durch die Vorschrift, die Annahme müsse nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts ein Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung enthalten, werde zugleich klargestellt, daß es auf die causa der Leistung, nicht etwa bloß auf ihre Beschaffenheit ankommt, und dem Mißverständnisse vorgebeugt, als ob die Rückforderung auch dann stattfinde, wenn dem Empfänger die causa turpis nicht erkennbar gewesen oder nicht in sein Bewußtsein getreten sei".

Demgegenüber bedeutet die Änderung des § 106 in den jetzigen § 138 Abs. 1 eine größere Ausdehnung des Einflusses der Unsittlichkeit auf das Rechtsgeschäft. „Es genüge nicht, mit dem Entwurfe die Nichtigkeit nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Falle unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Momentes der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde."[6])

Man sieht hieraus, eine genaue Abgrenzung der Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, haben die Protokolle ebensowenig wie das Gesetz selbst gegeben und auch nicht

---

[2]) vgl. u. a. Bruck S. 11 u. 81.
[3]) §§ 106 (747 I).
[4]) Bd. 1 S. 211 f.
[5]) Mot. Bd. 2 S. 849.
[6]) Prot. Bd. 1 S. 123.

geben können. Denn die Vielseitigkeit des Lebens einerseits, andererseits die wechselnde Anschauung der Menschen über die guten Sitten verbieten eine derartige genaue Bestimmung. Immerhin hat man versucht, eine allgemeine Einteilung der Möglichkeiten, in welcher Weise der Verstoß gegen die guten Sitten auf das Rechtsgeschäft einwirken kann, aufzustellen,[7]) und dies mit Recht, da man gerade auf diesem Gebiete mehr als wo anders in dem Bestreben, den erzieherischen Wert des Gesetzes möglichst hervorzukehren, zu einer weitgehenden Interpretation des § 138 hinneigt.[8])

Eine m. E. genügend einschränkende Aufstellung in dieser Beziehung gibt Hölder,[9]) dessen Ausführungen ich mich daher im wesentlichen hier anschließen will.[10])

Nach ihm verstößt ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, wenn seine Geltung die guten Sitten nicht zuläßt. Also der Inhalt des Rechtsgeschäfts ist unsittlich, z. B. ich verpflichte mich einem anderen gegenüber zu Schmugglerdiensten. Dieser Fall wurde vom 1. Entw. ausschließlich für beachtlich erklärt, und auch für das Bürgerliche Gesetzbuch ist er in Theorie und Praxis unbestritten. Die Protokolle stimmen hiermit überein, indem sie die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nur deshalb für beachtlich erklären, weil erst dadurch der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde.

Zweitens verstößt ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, wenn der Grund, aus dem ich handele, gegen sie verstößt. Dies jedoch nur, wenn dieser Grund in das Rechtsgeschäft mit aufgenommen, vor allem wenn er als Bedingung gesetzt ist, z. B. wenn du den X verprügelst, schenke ich dir 100 Mk. Ferner wenn der Erfolg, der durch das Rechtsgeschäft beabsichtigt ist und von ihm allein abhängt, in dasselbe aufgenommen ist, z. B. ich vermiete dem X ein Zimmer zu hohem Preise nur, damit er darin Unzucht treiben kann.[11])

Als weiteren Fall führt Hölder an, daß der Erfolg an sich zwar die guten Sitten nicht verletzt, daß aber allein schon die Abhängigkeit des Rechtsgeschäfts von dem Erfolge gegen die guten Sitten verstößt; z. B. verstoße gegen die guten Sitten die zum Zwecke der Verhütung eines schlechten Verhaltens gegebene Zusage, weil es gegen die guten Sitten verstoße, daß dieses Verhalten nur wegen dieser Zusage unterbleibe. Ich verspreche einem Beamten eine Belohnung für den Fall, daß er in einer mich betreffenden Angelegenheit seine Amtspflicht erfüllt; ich schließe einen Vertrag, durch den ich mich verpflichte, zu heiraten oder nicht zu heiraten.

---

[7]) Vor allem Lotmar S. 68 ff.
[8]) z. B. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 161 ff.
[9]) In DJZ. 1908 S. 46 ff.
[10]) vgl. auch Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 244 ff. und Dertmann, Allgem. Teil Bem. B 1 c zu § 138.
[11]) vgl. RG. Bd. 38 S. 199 ff.

Ferner kann ein Verstoß gegen die guten Sitten eintreten, wenn ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt und lediglich in der Entgeltlichkeit ein Verstoß zu finden ist.[12]) So sei ein Vertrag, durch welchen das Nichtstellen des Strafantrages gegen eine Belohnung versprochen wird, als unsittlich zu verwerfen,[13]) jedoch nicht, wenn nur Schadloshaltung für die durch das begangene Verbrechen verursachte Schädigung versprochen sei.[14])

Die Ansicht, daß die Anwendung unsittlicher Mittel, um den Vertrag zustande zu bringen, diesen nach § 138 nichtig mache, erscheint irrig im Hinblick auf § 123, der dem unschuldigen Teile nur ein Anfechtungsrecht gewährt, wenn er „zur Abgabe der Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist".[15]) Daß diese Handlungsweise die gutten Sitten verletzt, dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen, und wenn gleichwohl hier nur Anfechtbarkeit begründet ist, so ist dies ein Beweis dafür, daß die Anwendung unsittlicher Mittel nach dem Gesetze das Rechtsgeschäft selbst nicht unsittlich macht. Deshalb wird in diesen Fällen das Rechtsgeschäft für immer gültig sein, sofern die Voraussetzungen des § 123 für die Anfechtbarkeit nicht vorliegen.[16])

Eine zu weite Ausdehnung des Geltungsbereiches des § 138 liegt m. E. darin, wenn man in allen Fällen dem unsittlichen Motive die Wirkung beilegt, daß es das durch dasselbe hervorgerufene Rechtsgeschäft nichtig macht. Weder rechtfertigt sich dieser Standpunkt aus dem Wortlaute, noch ist er erforderlich, um der Tendenz des Gesetzes, das zur Erreichung eines unsittlichen Zieles nie die Hand bieten will, gerecht zu werden. Die Protokolle wollen die verwerfliche Gesinnung auch nur so weit beachten, als nicht durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde. Dies geschieht aber nur, wenn sich aus dem Geschäft an sich irgendwelche bestimmten Anhaltspunkte, die auf einen Verstoß gegen die guten Sitten hinweisen, ergeben und es feststeht, daß gerade die unsittlichen Motive für das Rechtsgeschäft bestimmend waren.[17]) Denn das Ziel, daß alles Un-

---

[12]) So auch Mayr S. 572; Lotmar S. 71 ff.

[13]) vgl. Rehbein, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 184 f.; RG. Bd. 42 S. 60, Bd. 58 S. 204, Bd. 33 S. 337.

[14]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 421; Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 Nr. 21 f.

[15]) vgl. Isay S. 102.

[16]) vgl. Mayr S. 572 und die dort Zitierten: Seuffert Bd. 22 Nr. 215; Lotmar S. 25 ff.; Oertmann, Komm. z. BGB. § 817 Ziff. 2c.

[17]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 424: Auch die bestimmenden und offensichtlichen Motive des Geschäfts sind notwendig in Betracht zu ziehen; Planck, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 248: Die objektiven Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, und insbesondere sein Inhalt selbst müssen so beschaffen sein, daß sie in Verbindung mit den Motiven einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten; vgl. auch Lotmar S. 56 f.; Mayr S. 573; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 161 ff.; Oertmann, Allgem. Teil Bem. B 1 cβ zu § 138;

sittliche vom Rechte geschützt wird, kann nie erreicht werden, da gerade dann, wenn der Richter die unsittlichen Motive allein für ausreichend erachten würde, um das Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären, der schlaue Geschäftsmann mit um so größerer Vorsicht und Raffiniertheit seine unsittlichen Motive verdecken würde. Das Gesetz darf nicht zu weit auf die Moral hinübergreifen, sondern soll, um nicht sein Ansehen zu verlieren, nur da seine Rechtsregeln nicht zur Anwendung kommen lassen, wo ein krasser Widerspruch mit den ethischen Anschauungen der Menschen offenbar zutage tritt.[18])

Wie schon oben erwähnt, wird diese Einschränkung in der Anwendung des § 138 bei dem abstrakten Rechtsgeschäfte von besonderer Wichtigkeit. Infolgedessen ist auch in dieser Frage der Streit über das abstrakte Rechtsgeschäft am lebhaftesten geführt, ohne daß man zu einer einmütigen Lösung gekommen wäre. Die einen sagen, das abstrakte Rechtsgeschäft könne überhaupt nicht gegen die guten Sitten verstoßen, da die causa hier in das rechtlich unerhebliche Gebiet zurückgedrängt sei,[19]) die anderen vertreten die Ansicht, der § 138 dürfe nicht durch Abschluß von abstrakten Rechtsgeschäften umgangen werden, und es müsse daher jedes abstrakte Geschäft, bei dem die ihm zugrunde liegende causa gegen die guten Sitten verstößt, gleichfalls wegen dieses Verstoßes nichtig sein.[20])

§ 8.

Die Wirkung des § 138 auf die abstrakten Verträge des Obligationenrechts.

Wenden wir die oben aufgezählten Fälle, in denen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten Nichtigkeit eintritt, auf das abstrakte obligatorische Rechtsgeschäft an, so scheint für dieses eine weitere Einschränkung der guten Sitten erforderlich zu werden. Wir sahen, daß der § 138 hauptsächlich angewandt wird, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts die guten Sitten verletzt. Der Inhalt ist aber beim abstrakten Rechtsgeschäft noch enger gefaßt als beim kausalen, da bei ihm die causa nicht mit aufgenommen ist. Trotzdem dieser causa die Wirkung beizulegen, das auf Grund derselben abgeschlossene abstrakte Geschäft von vornherein nichtig zu machen, ist m. E. zu weitgehend. Denn die aus dem Bereich der nach

---

Seuffert Bd. 49 Nr. 238; Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 109; RG. Bd. 29 S. 106, Bd. 38 S. 199; Das Recht Bd. 6 S. 71.

[18]) vgl. Rehbein, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 182: Der § 138 will durch seine Fassung den Richter nicht zum Sitten- und Gesinnungsrichter machen, nicht die Sittlichkeit befördern, sondern dem formalen Recht eine Schranke setzen, wo seine Ausnutzung dem sittlichen und damit dem Rechtsbewußtsein widerspricht.

[19]) So u. a. Oertmann in DJZ. 1902 S. 106; Planck, Bürgerl. R. Bd. 1 Anm. 1 b zu § 138.

[20]) So u. a. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 219, Bd. 3 S. 225.

außen erkennbaren rechtlichen Vereinbarung gedrängte causa kann auf das abstrakte Rechtsgeschäft doch höchstens wie ein Motiv wirken; z. B. die Erklärung, durch die jemand dem anderen auf Grund eines Kaufvertrages abstrakt seine Schuld anerkennt, ist in dem Anerkennenden hervorgerufen auf Grund der kausalen Rechtsbeziehungen zu dem anderen, während die im Kaufvertrage abgegebene Verpflichtungserklärung abgegeben ist auf Grund eines noch weiter zurückliegenden Motivs. Diejenigen, die dem abstrakten obligatorischen Vertrage materielle Gültigkeit beilegen, müssen daher konsequent sagen, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten das abstrakte Rechtsgeschäft nicht berühren kann,[1]) sofern jener Verstoß aus dessen Inhalte nicht ersichtlich, sofern insbesondere die causa nicht als Bedingung dem abstrakten Rechtsgeschäfte beigefügt ist.

Wenn man dem abstrakten Rechtsgeschäfte dagegen bei mangelnder causa die materielle Gültigkeit abspricht, so ist bei ihm immer zu prüfen, wie weit die dem abstrakten Verpflichtungsakte zugrunde liegenden relativen Beziehungen im Verein mit der durch das abstrakte Geschäft herbeigeführten rechtlichen Bindung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten. Die materielle Gültigkeit wird also stets durch die kausalen Rechtsbeziehungen bedingt, rechtfertigen diese die Gültigkeit der rechtlichen Bindung im abstrakten Geschäfte nicht infolge eines in ihnen enthaltenen Verstoßes gegen die guten Sitten, so fehlt auch aus demselben Grunde dem abstrakten Rechtsgeschäfte die materielle Gültigkeit.[2]) Anders die prozessuale Rechtsstellung: Wie diese durch das gänzliche Fehlen der causa nicht berührt wird, wie also dem Versprechensempfänger im Prozesse immer die Stellung des nicht beweispflichtigen Gläubigers erhalten bleibt, so besteht dieses Klagfundament, auch wenn die im Hintergrunde stehende causa in Verbindung mit dem abstrakten Rechtsgeschäfte einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält. Der aus dem abstrakten Geschäfte ersichtliche Gläubiger kann daher auch in diesem Falle ein Versäumnisurteil und Anerkenntnisurteil erwirken, die nach Prozeßrecht rechtmäßig ergangen sind und im Falle mangelnder Einlegung eines Rechtsmittels dem Scheingläubiger unter Umständen einen unentziehbaren Vermögensvorteil verschaffen können. Geht aus dem abstrakten Rechtsgeschäfte selbst irgendwie der Verstoß gegen die guten Sitten hervor, indem z. B. die causa als Bedingung, sogar als stillschweigende, aber erkennbare Bedingung gesetzt ist, oder ist er sonst aus dem klägerischen Vorbringen ersichtlich, so entfällt dem Rechtsgeschäft naturgemäß sogar die prozessuale Bedeutung, der Richter muß in diesem Falle die Klage a limine abweisen.[3])

---

[1]) So u. a. Staudinger, Komm. z. bürgerl. R. Bd. 1 Bem. II, 4 zu § 138, und Planck, Bürgerl. R. Bd. 1 Anm. 1b zu § 138.

[2]) vgl. u. a. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 425: Richtig sind auch abstrakte Schuldversprechen, welche gegen die guten Sitten verstoßen.

[3]) vgl. l. 123 D. XLV, 1: „sie flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet".

Die Frage, wann das abstrakte Rechtsgeschäft infolge der ihm zugrunde liegenden causa einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ist ebenso zu beantworten wie diejenige, wann das von Anfang an kausale Rechtsgeschäft in diesem Falle nach § 138 nichtig sein würde. Es würden also auch hier dieselben Möglichkeiten für den Eintritt der Nichtigkeit bestehen, wie sie oben aufgeführt sind.

Eine Ausnahme bilden, wie bereits erwähnt, die Verkehrsobligationen, wie Wechsel und Inhaberpapiere. Sie schaffen ein materielles Recht, auch wenn die causa, die zur Eingehung der Verpflichtung geführt hat, rechtlich keine Bedeutung verdient. Der Einwand der Unsittlichkeit greift dem Wechselgläubiger gegenüber nur durch im Umfange des Art. 82 WO., also nur mit Wirkung in personam unmittelbar zwischen den Kontrahenten oder dem späteren bösgläubigen Erwerber,[4]) dem Inhaber eines Inhaberpapiers gegenüber nur nach § 796 BGB., sofern also nicht die Unsittlichkeit aus dem Papiere selbst hervorgeht; jedem gutgläubigen dritten Erwerber dagegen steht aus dem Papiere ein gültiges materielles Recht zu. Diese Regelung ist mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben dieser Papiere getroffen, da sie andernfalls infolge der mangelnden Sicherheit an Bedeutung sehr verlieren würden.

Die Verfechter der Lehre von der materiellen Gültigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts führen als Beweis für die Richtigkeit ihrer Anschauung den § 817 Satz 2 an, wo es heißt:

> „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand".

Sie sagen, dieses Rückforderungsrecht bei einer eingegangenen Verbindlichkeit wäre illusorisch, falls bei Verstoß gegen die guten Sitten das abstrakte Geschäft überhaupt keine materielle Gültigkeit besäße;[5]) man könnte sich doch dann einfach auf die Nichtigkeit dieses Scheingeschäfts berufen, auch bei vorliegendem rechtlichen Interesse an der alsbaldigen Feststellung eine Feststellungsklage erheben; da ein nichtiges Rechtsgeschäft überhaupt nicht existiere, da also dann überhaupt nichts geleistet wäre, könne auch nichts zurückgefordert werden.[6]) Es ist allerdings zuzugeben, daß die Stellung des Scheinschuldners im Prozesse bezüglich der Beweislast immer dieselbe ist, mag man das abstrakte Geschäft für materiell oder nur für formell wirksam ansehen. Im ersteren Falle würde der Schuldner aus dem abstrakten Geschäft den Verstoß gegen die guten Sitten auf seiten des Gläubigers dartun müssen, ebenso im anderen Falle, wo man dem Gegner nur prozessual die Gläubigerstellung einräumt. Gleichwohl ist die condictio aus § 817 Satz 2 nicht illusorisch, da, wie erwähnt,

---

[4]) vgl. RG. Bd. 8 S. 97.

[5]) So Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 § 98 II; Oertmann in DJZ. 1902 S. 105; v. Tuhr S. 13.

[6]) vgl. Lotmar S. 63.

wenn auch rechtlich nichts geleistet ist, so doch schon der Besitz des Papiers auf seiten des Scheingläubigers für den Scheinschuldner eine Gefahr bilden kann, indem jener z. B. den Wechsel, den der Schuldner akzeptiert hat, schleunigst weitergeben kann, so daß eine Einrede aus dem zugrunde liegenden Geschäfte dem Akzeptanten nach Art. 82 WO. abgeschnitten würde. Es wird der Scheinschuldner daher oft ein Interesse daran haben, den Wechsel oder das abstrakt ausgestellte Inhaberpapier dem Scheingläubiger zu entziehen und diesen dadurch mindestens aus seiner prozessualen Position zu verdrängen.[7])

Abgesehen davon wäre vielleicht auch zu erwägen, ob das Gesetz unter der Eingehung einer Verbindlichkeit lediglich den Abschluß eines obligatorischen Rechtsgeschäfts verstanden wissen wollte.[8]) Daß es diesen Standpunkt hat, geht weder aus dem Wortlaute noch aus den Motiven hervor. Es wäre also auch denkbar, daß man unter Eingehung einer Verbindlichkeit i. S. des § 817 Satz 2 auch die Bestellung eines dinglichen Rechts, also z. B. die Übernahme einer Hypothek oder einer Grundschuld, versteht, von welchen Rechten, wie wir unten sehen werden, doch mindestens die letztere infolge ihrer Abstraktheit ein gültiges Recht darstellt, so daß die Befreiung von dieser Verbindlichkeit eine condictio nach § 817 nicht nötig macht.[9]) Ich möchte allerdings diesen Standpunkt nicht teilen, bin vielmehr, wie unten gezeigt werden soll, der Ansicht, daß bei Unsittlichkeit beider Kontrahenten die Grundschuld gültig bestehen bleiben muß. Auch deutet wohl der Ausdruck „Verbindlichkeit" nur auf eine obligatorische Verpflichtung hin.

§ 9.

Die Wirkung des § 138 auf den dinglichen Vertrag.

a) Im allgemeinen.

Für die dinglichen Rechtsgeschäfte entstehen gleichfalls Schwierigkeiten bei der Frage, wie weit § 138 auf sie Anwendung finden muß. Die einen sagen: die dinglichen Übertragungsgeschäfte können nach § 138 nichtig sein; insbesondere wenn das obligatorische Verpflichtungsverhältnis wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei, so ergreife diese Nichtigkeit regelmäßig auch das dingliche Übertragungsgeschäft.[1]) Dem steht die Ansicht derer gegenüber, welche sagen: die dinglichen Übertragungsgeschäfte können, da sie abstrakt sind, gar nicht gegen die guten

[7]) vgl. Schöninger S. 83.
[8]) So RG. Bd. 63 S. 179.
[9]) So auch Matthiessen in DJZ. 1907 S. 535.
[1]) vgl. u. a. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 225.

Sitten verstoßen, der Verstoß könne nur die causa berühren, so daß lediglich eine condictio aus § 817 gegeben sei.[2]) Das Gesetz gibt keinen ausdrücklichen Anhalt dafür, ob § 138 sich auf alle Rechtsgeschäfte, auch auf die des Sachenrechts erstreckt.

Ich möchte der Ansicht derer beitreten, die behaupten, die dinglichen Übertragungsgeschäfte könnten niemals wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein. Die Konsequenzen dieser Auffassung sollen im folgenden zunächst an der Eigentumsübertragung gezeigt werden.

Die Gegner stützen sich darauf, daß sie sagen, eine Abstraktion von der causa sei psychologisch undenkbar, die causa sei höchstens in die Stellung des Motivs zurückgedrängt und müsse daher, ebenso wie bei den obligatorischen Rechtsgeschäften das unsittliche Motiv ihre Gültigkeit in Frage stellen könne, auch auf die Gültigkeit der dinglichen Übertragungen Einfluß ausüben. Dem Einwande, die Abstraktion sei als etwas Gekünsteltes zu verwerfen, kann man, wie oben[3]) geschehen, den Wortlaut des Gesetzes entgegenhalten. Durch ihn wird der Tatbestand des dinglichen Rechtsgeschäfts eng bestimmt und unabhängig von den obligatorisch-rechtlichen Beziehungen, z. B. besteht bei der Tradition einer beweglichen Sache der Inhalt dieses dinglichen Geschäfts in der tatsächlichen Übergabe und in dem ausgedrückten Einverständnisse der Kontrahenten über die eintretende Vermögensverschiebung. In diesem Umfange ist der Inhalt einer Eigentumsübertragung ausdrücklich im § 929 Satz 1 bestimmt. Ob nun dieser gesetzlich festgelegte Inhalt beliebig erweitert werden kann in der Weise, daß z. B. die causa in ihn selbst als Bestandteil aufgenommen wird,[4]) der die Gültigkeit des dinglichen Aktes beeinflussen könnte, erscheint nach der hier zu der Abstraktheit der dinglichen Geschäfte eingenommenen Stellung ausgeschlossen.[5])

Dadurch ist aber zugleich der Einfluß der Moral auf die dingliche Rechtsübertragung ausgeschaltet, da die Verwerflichkeit nur in der wirtschaftlichen Funktion der Vermögensverschiebung, nicht aber in dieser letzteren an und für sich zu finden ist. Die wirtschaftliche Funktion wird durch die causa bestimmt, also liegt in dieser der eventuelle Verstoß gegen die guten Sitten, das Übertragungsgeschäft bleibt dagegen von ihnen unberührt, mag es auch von den Kontrahenten noch so eng mit der causa verknüpft werden. Klein[6]) sagt über dieses Verhältnis: „Die Zerlegung

---

[2]) vgl. Bähr S. 9ff.; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 195; Mayr S. 553; Klein in Österr. GerZ. 1903 S. 391; Wunderlich in JurW. 1901 S. 99.

[3]) S. 28ff.

[4]) So vor allem Planck, Bürgerl. R. Bd. 1 Anm. 1b zu § 138.

[5]) vgl. auch Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 § 158 IV, 2; Eccius in DJZ. 1903 S. 41ff. und Oertmann, Allgem. Teil Bem. B 2a zu § 138.

[6]) In Österr. GerZ. 1903 S. 391 f.

des empirisch einheitlichen Vermögenszuwendungsgeschäfts in Leistung und causa bezweckt, das wirtschaftliche und tatsächliche Element in der Vermögenszuwendung scharf gegeneinander abzugrenzen. Mit causa bezeichnen wir den Ausschnitt des Vermögenszuwendungsgeschäfts, der die wirtschaftlichen Wesensmerkmale (den Erfüllungs-, Schenkungs-, Dotalcharakter) des Geschäftes trägt. Leistung ist das faktische (wenn event. als solches auch rechtsgeschäftliche) Tun, das an sich absolut indifferent, erst durch die causa und mit der causa verbunden Vermögenszuwendung werden soll. Bedeutet aber die causa das ganze Wirtschaftliche in der Vermögenszuwendung, so kann auch die juristisch-ethische Wertung einer Vermögenszuwendung gemäß § 138 BGB. nur die causa treffen. Nur die causa kann nichtig sein".[7])

Wenn die Verschiebung der Vermögenswerte allein nicht gegen die guten Sitten verstoßen kann, bleibt dann eine Unsittlichkeit, die nur den Beteiligten zum Vorwurf zu machen ist, unberücksichtigt? Daß eine solche lediglich die Kontrahenten treffende Unsittlichkeit aber nicht immer genügt, Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeizuführen, haben wir schon bei den obligatorischen Rechtsgeschäften gesehen. Es zeigte sich bei der Abgrenzung der Fälle, in denen das obligatorische Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, daß bisweilen Nichtigkeit eintritt, obwohl keinem der Beteiligten ein Verstoß gegen die guten Sitten zum Vorwurf gemacht werden kann, „indem die Parteien ohne ein unsittliches Verhalten eine Verpflichtung vereinbart haben, die sich als eine zu weitgehende Beschränkung der individuellen Freiheit ergibt und daher nicht zu Recht besteht".[8]) Dieser Fall wird immer eintreten, wenn den Beteiligten der Gedanke an eine Unsittlichkeit ihrer Handlung niemals gekommen ist, da eben nach dem Gesetze das Rechtsgeschäft in objektiver Hinsicht die guten Sitten verletzen muß, wenn deswegen Nichtigkeit eintreten soll.[9]) Noch viel weniger kann die Unsittlichkeit der Beteiligten die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts in Frage stellen. Sagen doch schon die Protokolle, daß die Verwerflichkeit der Kontrahenten nur so weit in Betracht gezogen werden dürfe, als durch sie der Inhalt des Rechtsgeschäfts erst in das rechte Licht gesetzt werde. Da nun der Inhalt des dinglichen Übertragungsgeschäfts infolge seiner engen (abstrakten) Fassung nach unserer Auffassung nicht unsittlich sein kann, so kann auch die Unsittlichkeit der Beteiligten ihn nicht beeinflussen, deren verwerfliche Gesinnung also niemals das dingliche Rechtsgeschäft unsittlich machen.

Es fragt sich, ob der Auffassung, daß trotz eines die Kontrahenten treffenden Verstoßes gegen die guten Sitten die Vermögensübertragung immer gültig sei, der Wortlaut des § 138 Abs. 2 nicht entgegensteht.

---

[7]) vgl. auch Bruck S. 65.

[8]) Hölder in DJZ. 1908 S. 51.

[9]) So auch Mayr S. 576; Lotmar S. 60 und N. 199; Oertmann in DJZ. 1902 S. 106.

Allerdings scheint der Gesetzgeber mit den Worten dieses Paragraphen „nichtig ist insbesondere" sagen zu wollen, daß dieser Abs. 2 einen besonders bemerkenswerten Fall der Unsittlichkeit, die zur Nichtigkeit führt, enthalte. Wenn man in dem Worte „insbesondere" nicht schon an und für sich soviel wie „ganz besonders noch" versteht, indem der Gesetzgeber diesen Fall als nicht unter Abs. 1 subsumierbar hervorheben zu müssen glaubt, dann ergibt sich die Irrigkeit der Auffassung, Abs. 2 enthalte ein Musterbeispiel für eine durch Unsittlichkeit hervorgerufene Nichtigkeit, wie Hölder[10]) treffend hervorhebt, aus § 123:

> „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten".

Wenn das unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns usw. herbeigeführte Rechtsgeschäft nichtig sein soll, weil es i. S. des § 138 Abs. 1 gegen die guten Sitten verstößt, dann müßte die durch arglistige Täuschung oder Drohung hervorgerufene Willenserklärung erst recht wegen Unsittlichkeit nichtig sein. Da für sie im § 123 aber nur Anfechtbarkeit gegeben ist, sie also nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter § 138 Abs. 1 fallen soll, so kann auch nicht das unter Ausbeutung der Notlage usw. herbeigeführte Rechtsgeschäft von § 138 Abs. 1 mitumfaßt werden, da die in ihm enthaltene Unsittlichkeit nicht größer ist als die im § 123 enthaltene. Wenn die Wirkung jener Unsittlichkeit gleichwohl stärker ist als im letzteren Falle, wenn also die nach § 138 versprochenen oder gewährten Vermögensvorteile rechtlich nicht geleistet sind, so findet dies, wie Hölder m. E. mit Recht hervorhebt, darin seine Erklärung, daß bei dem wucherischen Geschäft „zu dem unsittlichen Verhalten der einen Partei das objektive Moment des auffälligen Mißverhältnisses der Leistung und Gegenleistung hinzukommt".[11]) Der § 138 Abs. 1 ist also nicht die einzige Bestimmung im Gesetze, die das Eindringen der Unsittlichkeit in die ethische Bedeutung des Rechts hindert, vielmehr dienen dem gleichen Zwecke mehrere andere Vorschriften, die ihr Ziel bei anderen als bei den im § 138 Abs. 1 gegebenen Voraussetzungen auch auf andere Weise erreichen. So gewährt das Gesetz, wie wir eben gesehen haben, bei Unsittlichkeit des Inhalts Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1, bei bestimmtem unsittlichen Verhalten einer Partei Anfechtbarkeit (§ 123), bei unsittlichem Verhalten der einen Partei

---

[10]) a. a. O. S. 49 und im Komm. z. bürgerl. R. Bd. 1 zu § 138.

[11]) vgl. auch Oertmann in Österr. GerZ. 1897 S. 252: „Der Wucher setzt nach § 138 Abs. 2 objektiv ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Leistung des Wucherers zu den dafür versprochenen Vermögensvorteilen voraus, folglich kann niemals ein isoliertes Versprechen für sich, sondern immer nur ein durch das Gegenversprechen synallagmatisch verknüpftes einen wucherischen Inhalt haben. Der Wechsel, das Schuldversprechen, das der Bewucherte ausstellt, sind also m. E. nicht aus § 138 nichtig, sondern nur aus § 817 wegen der iniusta causa anfechtbar, wie es noch das deutsche RG. in dem trefflich begründeten Erkenntnis Bd. 8 S. 97 bezüglich des ersteren mit Recht anerkannt hat".

mit hinzukommendem objektiven Momente der Übervorteilung Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2, sowie endlich bei unsittlichem Zweck Rückforderbarkeit unter den im § 817 gegebenen Voraussetzungen. Da beim wucherlichen Geschäft außer der Unsittlichkeit des einen Teils noch das auffällige Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung hinzukommen muß, ist ersichtlich, daß eine dingliche Rechtsübertragung nicht nichtig sein kann; denn diese hat nur die bloße Übereignung zum Inhalte, dagegen umfaßt sie nicht die Gegenleistung. Der Bewucherte hat gegen den Verlust des dinglichen Rechts nur die condictio.[12])

Der eben genannte § 817 ist derjenige, der vor allem Veranlassung gegeben hat, das Anwendungsgebiet des § 138 einzuschränken, soweit er die dinglichen Übertragungsgeschäfte treffen soll. Denn würde eine Eigentumsübertragung nach § 138 nichtig sein, so würde der Veräußerer mit der rei vindicatio sein Eigentum wiedererlangen können, es würde also mit diesem Anspruche in der Regel der Kondiktionsanspruch aus § 817 konkurrieren.[13]) Im übrigen wäre letztere Klage nur dann nicht überflüssig, wenn das Objekt zur Zeit der Klage nicht mehr vorhanden ist.[14]) Sollte aber der Gesetzgeber, wenn er mit § 817 nur diesen Fall im Auge hatte, die Bestimmung so getroffen haben, wie er es getan hat? Hätte er dann zunächst den Fall hingestellt, daß die Leistung selbst herausgegeben werden soll, und dann erst im § 818 Vorschriften gegeben für den Fall, daß diese Herausgabe nicht mehr möglich ist?

Der § 817, sagt man ferner, finde dann Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft an sich nicht gegen die guten Sitten verstoße, sondern ein solcher Verstoß nur den Empfänger treffe. Mayr[15]) gibt selbst zu, daß „solche Fälle selten sein werden, insofern die unsittliche Zweckbestimmung der Leistung regelmäßig auf das Geschäft zurückwirken, das ganze Geschäft vernichten werde". Diese Fälle werden, auch wenn man annimmt, daß das dingliche Geschäft durch die Unsittlichkeit in seiner Gültigkeit beeinflußbar ist, noch seltener, wenn man erwägt, daß auch der Leistende

---

[12]) vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 98 II und Förster im Recht Bd. 9 S. 356; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 1 § 167 III, 3; Hachenburg S. 30; anders RG. Bd. 57 S. 95; Oertmann, Allgem. Teil Bem. C 4 zu § 138.

[13]) So Staudinger, Bürgerl. R. Bd. 2 Anm. I B 2 zu § 812; Savigny, System Bd. 5 S. 514 f. und dagegen Bolze im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 434; vgl. auch Predari, GBD. S. 108 und RG. Bd. 8 S. 97, Bd. 36 S. 313, Bd. 63 S. 179.

[14]) vgl. Klingmüller S. 85 f.: „Eine Bereicherung kann aber auch beim Vorliegen eines nichtigen Geschäfts insofern hervorgebracht werden, als eine solche schon in der bloßen Bewirkung einer Tatsache liegt (z. B. Verschaffung des Besitzes . . .) oder der Empfänger das Empfangene in seinem Nutzen verwendet"; ähnlich Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 687; Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 822 f.; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 112; Neubecker, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 69 f.; Bolze im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 422; Seuffert Bd. 3 S. 177, Bd. 18 S. 113.

[15]) S. 578.

gegen die guten Sitten verstoßen kann und daß dann in diesem Falle fast immer die Unsittlichkeit beider das ganze Geschäft zu einem unsittlichen machen wird. Nach dieser Auffassung würde also der § 817 so gut wie nie zur Anwendung kommen.

Wenn man dem § 817 nicht seine Existenzberechtigung absprechen und nicht dem Gesetzgeber den Vorwurf der Inkonsequenz machen will, so muß man in dem dinglichen Übertragungsgeschäfte stets eine abstrakte Vermögensverschiebung erblicken, die niemals nach § 138 nichtig sein kann. Die Scheidung, den § 138 dann anzuwenden, wenn das Geschäft an sich, also seinem Inhalte nach, gegen die guten Sitten verstößt, den § 817 aber dann, wenn ein solcher Verstoß in dem Geschäft an sich nicht zu erblicken ist, sondern nur die Beteiligten trifft, scheint mit Rücksicht auf den oben eingenommenen Standpunkt von der Wirkung der Unsittlichkeit und von der Stellung der causa zur Vermögensverschiebung nicht durchführbar. Auch würde, was unten noch erwähnt werden soll, der Grundsatz des Rechts „nemo auditur, qui turpitudinem suam allegat" verletzt werden, wollte man dem Leistenden bei einer nach § 138 nichtigen Rechtsübertragung durch Einräumung der rei vindicatio usw. die Möglichkeit gewähren, sich auf die Nichtigkeit zu berufen.

Den Anspruch aus § 817 als eine Klage auf Nichtigkeitserklärung der Übertragung zu konstruieren,[16]) erscheint gezwungen, weil weder die condictio des römischen Rechts, die für die Ansprüche aus den §§ 812 ff. vorbildlich gewesen ist, eine solche Natur hatte[17]) noch der Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches „Herausgabe" diese Auffassung stützen könnte.

Die Anwendung des § 138 auf die dinglichen Rechtsübertragungen könnte auch mit Rücksicht auf die unselbständige Natur der Einigung in Zweifel gezogen werden.[18]) Ist die Einigung allein ein Rechtsgeschäft oder ist sie dies in Verbindung mit der Übergabe? Im 1. Entw. sprach man von dem „dinglichen Vertrage", dieser Ausdruck findet sich aber im Gesetze nicht[19]) und es bleibt unentschieden, ob der Gesetzgeber mit der Einigung nur einen anderen Ausdruck für den dinglichen Vertrag hat wählen wollen, während die Bedeutung im übrigen dieselbe geblieben ist.[20]) Manche[21]) nehmen an, daß die Einigung kein Rechtsgeschäft ist deshalb, weil sie allein keine rechtliche Wirkung erzeugt.[22]) Die Einigung ist nicht

---

[16]) So z. B. Lotmar S. 63.

[17]) vgl. Klingmüller S. 97 u. 100; Savigny, System Bd. 5 S. 503 ff.; Pernice, Labeo Bd. 3, 1 S. 226 ff.

[18]) vgl. Bruck S. 65.

[19]) Die 2. Kommission verwarf die Anwendung des Wortes Vertrag, um nicht der Konstruktion des Geschäfts vorzugreifen (Prot. Bd. 3 S. 56).

[20]) Die einzige Bestimmung, in der das Gesetz den Ausdruck Vertrag für dingliche Verfügung gebraucht, ist im § 1396 enthalten.

[21]) z. B. Bruck S. 40 u. 11: „. . . es ergibt sich, daß die Einigung mit dem Vertrage nur die Übereinstimmung der wechselseitigen Erklärungen gemeinsam hat. Das Willensmoment ist beiden dasselbe. Die Art und Wirkung dieser Überein-

bindend für die Parteien, aus der Einigung für sich kann nicht auf Vollzug der Vermögensübertragung geklagt werden. Bei der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung ist außer der Einigung tatsächliche Übergabe erforderlich; beide, Einigung und Übergabe, sind gleichwertig, allein sind sie rechtlich bedeutungslos.[23]) Bindend ist die Einigung nur, wenn sie in der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Form beurkundet ist. Das Reichsgericht[24]) sagt: „Die dingliche Einigung ist das unmittelbar auf Eintritt der dinglichen Wirkung, insbesondere auch Dritten gegenüber, gerichtete Abkommen". Unbestritten ist, daß die Vorschriften des allgemeinen Teils über Geschäftsfähigkeit unbeschränkt Anwendung finden, dagegen hält die Mehrzahl die Bestimmung über die bindende Kraft der Offerte für die Einigung unanwendbar.[25]) Der Einigung, die mit dem Vertrage die Übereinstimmung von den wechselseitigen Erklärungen gemeinsam hat, die Natur eines Rechtsgeschäfts abzusprechen, scheint mir zu weit gegangen. Die herrschende Meinung und auch die Motive verlangen für den im übrigen sehr bestrittenen Begriff des Rechtsgeschäfts nur eine Privatwillenserklärung, die auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung *gerichtet* ist. „Das letzte Ziel der Rechtsgeschäfte ist immer die Entstehung, der Untergang, die Veränderung eines Rechts (oder eines Komplexes von Rechten). Aber das Rechtsgeschäft braucht auf die Entstehung usw. eines Rechts nicht *unmittelbar* gerichtet zu sein."[26]) Danach ergibt es sich, daß wir es bei der Einigung mit einem Rechtsgeschäfte, also mit einem Vertrage i. S. des Gesetzes zu tun haben,[27]) wenn auch mit einem besonders gearteten Vertrage, auf den mit Rücksicht auf diese Besonderheit die Vorschriften des allgemeinen Teils über Verträge nur *mit Einschränkung* Anwendung finden.[28]) Da letzteres augenscheinlich allgemein anerkannt ist, so ist nicht einzusehen, warum nicht ebenso wie die Vorschriften über Offerte auch diejenigen über den Einfluß der Unsittlichkeit auf das Rechtsgeschäft mit Rücksicht auf die besondere Natur der Einigung für unanwendbar gehalten werden können und warum man behaupten will, daß der § 138 schon durch seine Stellung im allgemeinen Teil auf seine uneingeschränkte Geltung für alle Vorschriften des Gesetzes hinweise.[29])

stimmung schafft ihr den charakteristischen Unterschied zu den Kontrakten des Obligationenrechts. Bei diesen vereinigen sich die Willen so eng, binden sich untereinander, daß keiner mehr zurücktreten kann. Bei der Einigung ist die Willensübereinstimmung nur die Konstatierung zweier Willen, die auf denselben Zweck gerichtet sind".

[22]) vgl. *Eccius* in DJZ. 1902 Nr. 3 u. 4.

[23]) vgl. *Fuchs* Bd. 1 S. 39.

[24]) Bd. 50 S. 81.

[25]) s. *Bruck* S. 52.

[26]) *Windscheid-Kipp* Bd. 1 S. 310 ff.

[27]) vgl. *Predari* S. 110; *Biermann* Anm. 1 zu § 873; *Küchendahl* in JurW. 1901 S. 702: „Die dingliche Einigung hat Vertragsnatur".

[28]) Dies gibt auch *Bruck* S. 52 zu; ebenso *Küchendahl* a. a. O.; vgl. ferner noch *Eccius* in Gruchots Beitr. 1903 S. 51.

[29]) vgl. *Eccius* a. a. O. S. 67.

Die Ansicht, das abstrakte Erfüllungsgeschäft könne und müsse nach § 138 nichtig sein, sowohl wenn die Unsittlichkeit in dem dinglichen Geschäfte erwähnt, wenn also z. B. die causa mit aufgenommen ist, als auch wenn das dingliche Geschäft abstrakt abgeschlossen und nur das zugrunde liegende obligatorische Verpflichtungsgeschäft wegen Unsittlichkeit nichtig ist, wird, wie oben dargelegt ist, durch das Dasein des § 817, der andernfalls fast überflüssig und jedenfalls seiner Fassung nach ungeschickt wäre, widerlegt.

Nun meinen verschiedene, § 138 finde dann keine Anwendung, wenn bei dem abstrakten Geschäfte kein Zusatz gemacht wäre, der auf einen Verstoß gegen die guten Sitten hinweise, wenn also das Geschäft wirklich abstrakt abgeschlossen wäre. Wollte man dieser Auffassung beitreten, dann würde die Schwierigkeit entstehen, wann denn ein abstrakter Abschluß vorliegt. Zwar kann eine Einigungserklärung abstrakt abgegeben werden, abstrakt gedacht ist sie aber von den Kontrahenten, wie schon mehrfach hervorgehoben, niemals, da solches psychologisch unmöglich ist. Wie soll sich nun der Richter verhalten, wenn A dem B eine Sache nach § 929 Satz 1 äußerlich abstrakt übereignet hat, während die im Hintergrunde stehende causa, einem Dritten nicht erkennbar, gegen die guten Sitten verstößt insoweit, daß die Unsittlichkeit nur den Empfänger trifft, gleichwohl aber auch das ganze Geschäft, kausal abgeschlossen, nichtig machen würde; die Übereignung wäre dann doch, da abstrakt abgeschlossen, gültig. Klagt nun A mit der rei vindicatio unter Berufung auf den Verstoß gegen die guten Sitten und sind die Parteien darüber einig, daß sie das dingliche Geschäft seinerzeit abstrakt abgeschlossen haben, so müßte der Richter, da Eigentum gültig übergegangen ist, den Kläger mit seiner rei vindicatio abweisen, es würde diesem nur die condictio zustehen. Träfe den A aber auch ein Verstoß gegen die guten Sitten bei der Leistung, so wäre ihm nach § 817 Satz 2 auch die condictio versagt. Klagt er mit der rei vindicatio und gibt B zu, daß das Übereignungsgeschäft als durch die unsittliche causa stillschweigend bedingt geschlossen ist,[30]) so tritt nach § 138, da das Übereignungsgeschäft durch die zugefügte Bedingung seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten verstößt, Nichtigkeit ein; ein nichtiges Rechtsgeschäft ist aber rechtlich nie dagewesen, daher würde A mit Erfolg die rei vindicatio anstellen können. Nein, sagen die Gegner, die rei vindicatio hat keinen Erfolg, da der Beklagte ihr gegenüber ein Recht zum Besitz geltend machen könne, das sich aus der freiwilligen Besitzübertragung des A auf den B, welche neutral sei, herleite.[31]) In der Eigentumsübertragung durch traditio liegt jedoch auch eine Einigung über den Besitzübergang. Soll nun diese Einigung neutral sein, d. h.

[30]) Die als stillschweigende Bedingung gesetzte causa soll ja von besonderer Beachtlichkeit sein! vgl. Planck, Bürgerl. R. Bd. 3 Bem. 3b zu § 929; Neubecker S. 68.

[31]) vgl. Neubecker S. 70 und dort angeführt Kohler.

soll diese Erklärung des Willens, dem anderen durch Einräumung des Besitzes einen Vermögensvorteil zu gewähren, gültig sein, während die Erklärung, durch Eigentumsübertragung dem B einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wegen Unsittlichkeit rechtlich nicht beachtet werden sollte! Muß nicht konsequenterweise auch eine solche Einigung nach § 138 nichtig und damit der Einwand des B der rei vindicatio des A gegenüber, er habe ein Recht zum Besitze, unbegründet sein!

Für diejenigen, die Nichtigkeit nur für den Fall eintreten lassen, daß das Rechtsgeschäft nicht abstrakt abgeschlossen ist, entsteht eine weitere Schwierigkeit, wenn es streitig wird, ob ein abstraktes Rechtsgeschäft vorliegt. A klagt, gestützt auf die abstrakte, also gültige Eigentumsübertragung; B entgegnet, es sei nicht abstrakt abgeschlossen und daher trete Nichtigkeit ein. Wer hat dann zu beweisen und wie ist der Beweis zu führen, besonders für den Fall, daß unter einer stillschweigenden Bedingung übereignet ist? Durch Eid? Dies wäre praktisch kaum denkbar; B könnte jedenfalls immer mit gutem Gewissen beschwören, daß er nicht abstrakt abschließen wollte, dem A wäre ebenso ein Meineid kaum nachzuweisen, wenn er beschwört, er habe selbständig, d. h. ohne Rücksicht auf die causa übereignet.[32])

Man sieht also, die gegnerische Auffassung würde zu praktisch unmöglichen Konsequenzen führen. Einfacher wäre dann die andere Ansicht, daß das dingliche Übertragungsgeschäft, mag es abstrakt abgeschlossen sein oder nicht, immer nichtig ist, sobald das zugrunde liegende obligatorische Verpflichtungsverhältnis wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Daß diese Auffassung in dem Gesetze keine Stütze findet, haben wir schon früher dargelegt, und es spricht auch gegen sie die Erwägung, daß in diesem Falle die Sicherheit des Verkehrs aufs empfindlichste getroffen würde.

Steht denn nun die hier vertretene Auffassung, das dingliche Geschäft sei immer gültig und unterliege nur der Rückforderung aus § 817, mit der Tendenz des Rechts, durch Berücksichtigung der Sitte, d. h. der Sittlichkeit erzieherisch zu wirken, im Widerspruch? Wird durch unseren Standpunkt die Unsittlichkeit mehr gefördert als sonst, kann sich der Unredliche mit Hilfe des Rechts leichter und bequemer einen von der Moral nicht anerkannten Vermögensvorteil verschaffen? Ich glaube keineswegs. Das Gesetz und die Moral haben kein Interesse daran, den Schurken einem anderen Schurken gegenüber zu schützen, daher auch die Bestimmung im § 817 (Satz 2 u. Satz 3 letzter Teil). Es soll nur geschützt werden der Redliche vor dem Unredlichen, und das ist geschehen, obwohl das dingliche Geschäft trotz Unsittlichkeit eines Teiles vom Gesetz für gültig angesehen und dem Redlichen aufgegeben wird, durch eigenes Handeln, durch An-

---

[32]) vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 Nr. 17 und Rümelin im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 97 S. 332 ff.

stellen der condictio oder Geltendmachung der Einrede aus § 817, die mit Hilfe des Rechts eingetretene Vermögensverschiebung zu seinen Gunsten wieder auszugleichen. Wenn man die abstrakte dingliche Übertragung nach § 138 für nichtig erklärt infolge des unsittlichen Kausalgeschäfts, so kann dies nur deshalb geschehen, weil sonst durch die rechtsgültige Vermögensverschiebung die Unsittlichkeit gefördert würde.[33]) Wollte das Gesetz aber alles verbieten, was ein unsittliches Verhalten unterstützen oder fördern kann, so müßten auch alle die Rechtsgeschäfte nichtig sein, deren Motiv unsittlich ist, ohne daß diese Unsittlichkeit in dem Geschäfte selbst hervorträte; also z. B. der bekannte Fall: ich kaufe einen Schmuck, um ihn einer Dirne als Gegenleistung für den mir von ihr gestatteten oder noch zu gestattenden Beischlaf zu schenken. Es ist ganz unumstritten, daß hier Kauf wie Übergabe gültig sind und bleiben.[34]) Der Unredliche soll nur nicht das Gesetz anrufen dürfen, um einen unsittlichen Anspruch erst noch verwirklichen zu können, darum wird jede Klage, die sich auf eine Unsittlichkeit des Klägers stützt, abgewiesen werden müssen, so die Kondiktionsklage auch dem Unredlichen gegenüber, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt (§ 817). Das Bürgerliche Gesetzbuch teilt damit den Standpunkt des römischen Rechts, der in folgenden beiden Sätzen ausgedrückt ist:

nemo auditur turpitudinem suam allegans

und

in pari turpitudine potior est condicio possidentis.

Diese Sätze hat das Bürgerliche Gesetzbuch zur Durchführung gebracht und insoweit der Moral Einfluß auf das Recht eingeräumt. Der Gesetzgeber hat diese Einschränkung getroffen in der Erwägung, daß das Gesetz nur da die Unsittlichkeit beachten darf, wo sie augenscheinlich rechtliche Sanktion verlangt, und daß wichtiger, als die Rechtsgeschäfte bis in die tiefsten Gründe und Motive auf einen etwaigen Verstoß gegen die guten Sitten zu prüfen, das ist, allen Dritten gegenüber Aufschluß über das rechtliche Schicksal der Vermögenswerte zu gewähren und damit Sicherheit als Haupterfordernis jeglichen Güteraustausches in den Verkehr zu bringen und in ihm zu erhalten.

Auf dieser Erwägung beruht die Regelung der Gültigkeit der dinglichen Geschäfte, deren Bestand zunächst von der Moral nicht in Frage gestellt werden kann, andererseits folgt aus jener Tendenz, daß die obligatorischen Rechtsgeschäfte dem Einflusse der guten Sitten voll und ganz

---

[33]) vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 98 I, 1: „Daß durch das Geschäft irgendwie etwas Unsittliches gefördert wird, ist nicht genügend. Die Förderung muß durch den Handlungsinhalt, zu dem das Geschäft verpflichtet, selbst gegeben sein, nicht also nur auf dem außerhalb des Geschäftes stehenden Zwecke oder Motive beruhen"; und Oertmann, Allgem. Teil Bem. B 1 b zu § 138.

[34]) Ähnlich RG. Bd. 38 S. 201; Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 Nr. 21 b und Bd. 6 Nr. 34 c.

ausgesetzt sein müssen. Bei ihnen können sich daher Gläubiger wie Schuldner auf die Unsittlichkeit berufen, gleichgültig ob diese nur einer Partei zur Last fällt. Erfüllt also z. B. der Schuldner seine Verpflichtung nicht, so kann er sich, wenn ihn der Gläubiger verklagt, auf die Unsittlichkeit berufen, auch wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten in der Handlungsweise des Gläubigers gar nicht zu finden ist und nur das unsittliche Verhalten des Schuldners den Inhalt des Schuldvertrages den guten Sitten widerstreitend gemacht hat.[35]) Dies folgt aus der Natur des obligatorischen Rechts. Das obligatorische Recht erzeugt eine Spannung, und zwar auf Grund des Gesetzes. Eine solche Spannung auch bei Unsittlichkeit aufrechtzuerhalten, wäre ein Konflikt des Rechts mit der Moral, da das erstere in diesem Falle bei der Aufrechterhaltung und der Durchführung der unsittlichen Verpflichtung mitwirken würde. Bei den dinglichen Rechtsübertragungen wird der Erwerber allerdings kraft Gesetzes Eigentümer, auch wenn ihn der Verstoß gegen die guten Sitten trifft. Doch hier hat den Gesetzgeber zu solcher Regelung die Erwägung getrieben, daß die Zustandsrechte einer Sache für jeden Dritten von Bedeutung sind und daß die Verkehrssicherheit eine Vermögensverschiebung in jedem Falle des erklärten Parteiwillens erheischt. Nur bei dem obligatorischen Recht, das diese Anforderungen nicht stellt, war eine Regelung möglich, die die Unsittlichkeit noch weiter bekämpft.

b) Auf die Übertragung von Eigentum.

Im folgenden soll der bisher dargelegte Standpunkt auf die einzelnen dinglichen Rechtsübertragungen, und zwar zunächst auf die Eigentumsübertragung angewandt werden.

Bei der Übertragung des Eigentums an Grundstücken ergibt sich aus § 925, aus welchem die notwendig abstrakte Natur der Auflassung gefolgert wird, daß durch Einigung und Eintragung der Erwerber stets Eigentum erwirbt ohne Rücksicht darauf, ob eine gültige causa die Eigentumsübertragung rechtfertigt. Trifft den Empfänger ein Verstoß gegen die guten Sitten, so steht dem Veräußerer nach § 817 der Anspruch auf Rückforderung, also hier auf Rückauflassung zu.

Unter diesem Gesichtspunkte sind die Übertragungen von Bordellgrundstücken zu beurteilen: die dinglichen Übertragungen sind stets gültig, auch wenn aus der Höhe des Kaufpreises, der den Brandkassenwert bei weitem übersteigt, mit Sicherheit zu vermuten ist, daß er nur mit Rücksicht auf die darin betriebene Bordellwirtschaft hervorgerufen ist. Daß der obligatorische Kaufvertrag nicht schon wegen der Bordelleigenschaft des Kaufobjekts nichtig ist,[36]) sondern nur, sobald aus der Höhe des Kauf-

[35]) Anders OLG. Hamburg in Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 11.
[36]) vgl. u. a. Rechtspr. d. OLG. Bd. 12 S. 18.

preises zu schließen ist, daß er zum Teil ein Äquivalent für die Bordelleigenschaft bildet, ist oben[37]) schon dargelegt. Ist er hiernach gültig, so ist naturgemäß auch die dingliche Übertragung zu Recht bestehend und mit § 817 nicht anfechtbar.

Wie nun, wenn die Kontrahenten eine Auflassung vor dem Grundbuchrichter erklären und aus der Höhe des Kaufpreises *ohne Zweifel* zu entnehmen ist, daß er nur mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Grundstücks als Bordell entstanden ist? Kann hier der Richter die Eintragung ablehnen, weil er nicht wissentlich den Kontrahenten zu einem Verstoße gegen die guten Sitten gesetzliche Hilfe gewähren dürfe? Ich halte es für möglich.[38]) Nach § 873 Abs. 2 entsteht das Eigentum nicht schon mit der Einigung, sondern erst mit der Eintragung. Der Richter wirkt also bei der Vermögensverschiebung mit, versagt er seine Hilfe, so tritt die Rechtsübertragung nicht ein. Er kann die Hilfe versagen, wenn es feststeht, daß die beabsichtigte Vermögensverschiebung auf einer causa beruht, die vom Gesetz nicht anerkannt wird. Er würde, wenn er die Auflassung entgegennähme, bewußt eine unrichtige Eintragung vornehmen, also bewußt etwas beurkunden, was rechtlich nicht existiert.[39])

Anders ist es bei der *Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen*. Hier hat der Staat nicht mitzuwirken wie bei den Grundbuchgeschäften, da die außer der Einigung erforderliche Übergabe, also der Formalakt, der bei Grundstücken durch Eintragung ersetzt wird, von den Kontrahenten allein ausgeführt wird, die Mitwirkung des Richters dagegen ausgeschlossen ist. Deshalb kann der Eigentumsübergang niemals wegen Unsittlichkeit der causa ausbleiben, also wird B, der sich für einen zu begehenden Mord von A eine Uhr schenken läßt, unanfechtbarer Eigentümer.[40])

Wollte man sagen, die Einigung und damit die Eigentumsübertragung sei nichtig, die Leistung jedoch nur wegen § 817 Satz 2 nicht rückforderbar, so wäre A Eigentümer geblieben, seiner rei vindicatio gegenüber stände nur eine peremptorische Einrede, so daß er sein Recht nicht geltend machen könnte. Wem ständen aber die übrigen auf dem Eigentum beruhenden Rechte zu? Sollte B z. B. nicht die actio negatoria haben gegen jeden, insbesondere auch gegen A? Es ist doch aber nicht möglich, daß jemand alle aus dem Eigentum entspringenden Rechte hat, aber nicht das Eigentum selbst. Dieses muß mithin durch die auf unsittlicher causa beruhende

---

[37]) S. 33.

[38]) Anders die herrschende Meinung; vgl. z. B. *Fuchs* und *Arnheim* Bd. 2 S. 201.

[39]) vgl. *Strohal* in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 402; *Johow* und *Ring* Bd. 22 A S. 146.

[40]) *Dernburg* (Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 687) gibt hier, falls der geschenkte Gegenstand noch im Besitze des Erwerbers ist, dem Veräußerer die rei vindicatio gegen ihn! Wie verträgt sich das mit § 817?

Eigentumsübertragung übergegangen sein. Das ist auch der Fall, wenn gemäß § 817 Satz 1 eine condictio Platz greift, da wir an § 123 gesehen haben, daß bei Unsittlichkeit des einen Teils noch nicht Nichtigkeit des Geschäfts eintritt. Der Empfänger, der nach § 817 Satz 1 zur Herausgabe verpflichtet ist, hat also, solange er noch nicht herausgegeben hat, Dritten gegenüber alle aus dem Eigentum entspringenden Rechte, also vor allem die actio negatoria, nur nicht dem Veräußerer gegenüber, dem er zur Herausgabe verpflichtet ist. Diesem gegenüber muß § 817 Satz 1 von Amts wegen berücksichtigt werden.

Zweifellos ist auch bei der brevi manu traditio (§ 929 Satz 2) Eigentum übertragen. Andernfalls wäre hier ein eigentümlicher Rechtszustand hervorgerufen: die Einigung ist durch die unsittliche causa nichtig, rechtlich also nicht vorhanden, der rechtliche Zustand daher nicht verändert; A, der Veräußerer, wäre Eigentümer nach wie vor, könnte sein Eigentum aber nicht geltend machen, wenn ihm ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. Denn dazu müßte er sich auf die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung, also auf seine eigene Unsittlichkeit berufen, dies würde aber dem im § 817 enthaltenen Grundsatz des römischen Rechts widersprechen: nemo auditur turpitudinem suam allegans. Das Resultat wäre folgendes: A übereignet dem B durch brevi manu traditio eine Uhr als Mörderlohn. Er klagt nun später mit der rei vindicatio gegen B, B wendet ein, es habe brevi manu traditio stattgefunden, A beruft sich auf die auf der Unsittlichkeit beruhende Nichtigkeit dieser Einigung, „auf eigene Unsittlichkeit kann niemand sich stützen, um einen geschaffenen Zustand zu ändern",[41]) also A würde abgewiesen, d. h. B wäre Eigentümer geworden durch die Einigung, also, wie die Gegner sagen müssen, durch den Abschluß einer nichtigen Einigung; denn hätte A die brevi manu traditio nicht vorgenommen, so wäre er Eigentümer geblieben. Allerdings ist Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht immer gleichbedeutend mit Nichtexistenz eines solchen,[42]) doch gilt dies nur ausnahmsweise, z. B. bei der sogen. Konversion (§§ 141 Abs. 1 u. 1325 Abs. 2) und bei der Ratihabition eines Rechtsgeschäfts durch nachfolgende Genehmigung. Daß hier das vorher nichtige Rechtsgeschäft gültig, mithin nicht gleich als nichtexistierend angesehen wird, beruht jedoch darauf, daß fehlende Erfordernisse nachgeholt, demnach anfängliche Mängel beseitigt werden. Nur insoweit kann ein nichtiges Rechtsgeschäft später wirksam werden. In allen anderen Fällen ist es eine „Totgeburt".[43]) Demnach

[41]) Neubecker S. 70.

[42]) vgl. Klingmüller S. 85: „Indessen ist doch zu beachten, daß sich Nichtigkeit und Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts keineswegs decken, vielmehr auch das nichtige Rechtsgeschäft noch Rechtsfolgen hat: man denke an Konversion, Ratihabition, nichtige Ehe. Es liegt dies daran, daß Tatsachen, auch rechtliche, sich nicht aus der Welt schaffen lassen, daß also ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht bloß tatsächlich, sondern auch in der rechtlichen Welt vorhanden gewesen ist".

[43]) Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 368.

kann die nichtige Einigung bei der brevi manu traditio nicht den Erwerber zum Eigentümer machen. Die Einigung muß folglich auch bei zugrunde liegender Unsittlichkeit gültig sein.

In dem Falle, daß die Unsittlichkeit nur den Empfänger betrifft, ist das Resultat nach der hier vertretenen Ansicht wie nach der der Gegner das gleiche. Denn hat A dem B durch brevi manu traditio eine Sache übereignet, so ist B dadurch Eigentümer geworden, doch hat A aus § 817 einen Rückforderungsanspruch. Vorausgesetzt ist, daß die Unsittlichkeit des B nicht den Inhalt des Rechtsgeschäfts berührt, da sonst nach Ansicht der Gegner das ganze Geschäft nichtig ist.

Wie steht es beim constitutum possessorium? Die Gegner sagen hier, der Veräußerer A bleibe Eigentümer, da er den Besitz der Sache behalten habe, denn die Willensverfügungen seien sämtlich nichtig. Wollte man hier die Eigentumsübertragung für gültig ansehen, so gäbe dies — sagt Neubecker[44]) — ein unmögliches Resultat. Ich halte das Resultat für nicht unmöglich mit Rücksicht auf den (auch von Neubecker als „dem Rechte seinem Begriffe gemäß immanenten Fundamentalsatz" anerkannten) Rechtsgrundsatz „in pari turpitudine potior est condicio possidentis" und „nemo auditur, qui turpitudinem suam allegat", die Neubecker übersetzt mit den Worten: „Auf eigene Unsittlichkeit kann niemand sich stützen, um einen geschaffenen Zustand zu ändern".

Wir sagen also, auch bei der Übereignung durch constitutum possessorium wird Eigentum übertragen. Betrachten wir zunächst die Folgerungen daraus in dem Falle, daß beide Kontrahenten ein Verstoß gegen die guten Sitten trifft: A, der Besitzer einer Maschine, einigt sich mit B dahin, dieser solle Eigentümer der Maschine sein, A solle sie jedoch noch als Nießbraucher behalten; das der Einigung zugrunde liegende Geschäft ist wegen Unsittlichkeit nichtig. B erhebt die rei vindicatio mit der Behauptung, sie hätten durch constitutum possessorium übereignet, A beruft sich auf den beide Kontrahenten treffenden Verstoß gegen die guten Sitten. Es gilt hier der Satz „in pari turpitudine potior est condicio possidentis", d. h. B wird abgewiesen auf Grund des § 817, der dem Anspruche des A eine Einrede entgegenstellt. Allerdings hat sich dann A auf eigene Unsittlichkeit berufen, doch muß der römische Satz „nemo auditur . . ." so verstanden werden, wie ihn Neubecker oben auslegt, daß niemand sich auf eigene Unsittlichkeit stützen könne, um einen geschaffenen Zustand zu ändern. Den Zustand will jedoch A nicht ändern, denn er ist Besitzer und will es bleiben.

Trifft nur den Empfänger, also den B, ein Verstoß, so würde A, wenn B die rei vindicatio anstellt, die Unsittlichkeit des B, die diesen durch die Annahme der Leistung nach § 817 Satz 2 treffen würde, vorbringen, und es würde danach B abgewiesen werden.

---

[44]) S. 70.

Es ist zuzugeben, daß in diesen Fällen des constitutum possessorium die gegnerische Ansicht von der Nichtigkeit der Einigung zu einem einfacheren Ergebnisse führen würde. Denn danach würde B mangels Aktivlegitimation in jedem Falle abgewiesen werden. Dieses einfache Ergebnis fällt aber auch bei der gegnerischen Ansicht weg, wenn das dingliche Geschäft gültig ist und nur der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen die guten Sitten verstößt. Dann würde A der rei vindicatio des B auch nur mit einer Einrede aus § 817 entgegentreten können. Ferner ist der Fall denkbar, daß nur dem Leistenden, also dem A, ein Verstoß zur Last fällt, daß durch diesen Verstoß das ganze dingliche Geschäft seinem Inhalte nach unsittlich würde und nur den Empfänger kein solcher Verstoß träfe. Dann hätte dieser gleichwohl keine rei vindicatio, ebensowenig die condictio, da ja er weder rechtlich noch tatsächlich etwas geleistet hat. Nimmt man dagegen Gültigkeit der Einigung in jedem Falle an, dann stände im letzteren Falle dem redlichen B die rei vindicatio erfolgreich zur Seite. In diesen beiden Fällen führt demnach die hier vertretene Ansicht zu einem befriedigenderen Ergebnis — also kein unmögliches Resultat!

Die vierte Art der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung ist die durch Abtretung des Herausgabeanspruches (§ 931).

Erster Fall: Veräußerer und Erwerber trifft ein Verstoß gegen die guten Sitten. Der Erwerber des Herausgabeanspruches wird gültig Gläubiger und kann vom debitor cessus, der von der Abtretung erfahren hat, die Herausgabe verlangen. Die unsittliche causa kann dieser dem Zessionar nicht entgegenhalten, da er nur die Einreden hat, die er gegen den Zedenten geltendmachen könnte; aus § 817 kann er keine Einrede herleiten, da ja der Zweck seiner Leistung an den Zessionar nicht gegen die guten Sitten verstößt, sondern nur der Zweck der Leistung seitens des Zedenten an den Zessionar, da also dem debitor cessus kein Rückforderungsrecht nach § 817 zusteht. Allerdings wenn der Zedent heimlich vor dem Zessionar vom gutgläubigen Zessus die Herausgabe verlangt, dann kann der Zessionar die Leistung nicht herausverlangen, denn in pari turpitudine potior est condicio possidentis.

Zweiter Fall: Trifft der Verstoß nur den Empfänger, also den Zessionar, so kann der Zessus deswegen nicht die Herausgabe verweigern, denn nicht dem Zessus, sondern dem Zedenten gegenüber verstieß der Zessionar durch Annahme der Abtretung gegen die guten Sitten. Wohl aber hat der Zedent nach § 817 Satz 1 die condictio, der Zessionar muß nach § 818 Abs. 1, „was er auf Grund des erlangten Rechtes erlangt hat", also die Sache selbst, herausgeben.

Damit glaube ich bewiesen zu haben, daß nach dem Wortlaute und der Tendenz des Gesetzes die Ansicht, das dingliche Geschäft sei niemals wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, die einzig richtige ist. Eine andere Frage ist es, ob die vom Bürgerlichen Gesetzbuche über die

Abstraktheit der Eigentumsübertragung getroffene Regelung befriedigend und am zweckmäßigsten gewesen ist. Sicherlich wäre es praktischer gewesen zu bestimmen, daß eine abstrakte Einigung nur dann Eigentum verschaffe, wenn der Erwerber zugleich den unmittelbaren Besitz erhält oder ihn bereits hat, also im Falle der traditio und der traditio brevi manu, daß aber in allen anderen Fällen Eigentum übergeht nur, wenn die kausalen Rechtsbeziehungen der Kontrahenten eine solche Vermögensverschiebung rechtfertigen. Da eine solche Regel jedoch im Gesetze nicht aufgestellt ist, vielmehr in den §§ 929 Satz 2, 930, 931 nur immer gesagt ist, daß die Übergabe ersetzt werden kann, bedeutete es eine zu weit gehende Auslegung des Gesetzes, wenn man eine sachenrechtliche Willensverfügung allein für nichtig erklären wollte. Ich halte daher nach dem Wortlaute des Gesetzes meinen oben dargelegten Standpunkt für den einzig möglichen.

Zum Beweise dafür, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selbst die Abstraktheit der dinglichen Rechtsgeschäfte verwerfe, werden bisweilen die §§ 1444 u. 1446 herangezogen. Der § 1444 bestimmt:

> „Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zu einem Rechtsgeschäfte, durch das er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen verpflichtet, sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch die eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll"

und § 1446 Abs. 1 Satz 1 schreibt vor:

> „Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zu einer Schenkung aus dem Gesamtgute sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch welche das ohne Zustimmung der Frau erteilte Versprechen einer solchen Schenkung erfüllt werden soll".

Die Umstände, welche hier Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts hervorrufen, liegen nicht in der causa, sondern in der mangelnden Verfügungsbefugnis des Ehemannes. Nicht eine Ausnahme des abstrakten Geschäfts, sondern eine Ausnahme vom Schutz des guten Glaubens ist in den Paragraphen enthalten. Es kann sich keiner darauf berufen, daß er die Eigenschaft des Kontrahenten als die eines Ehemannes nicht gekannt hat, er wird also in dieser Beziehung als bösgläubig angesehen. Ebenso wie der Bösgläubige vom Nichteigentümer kein Eigentum erwerben kann, so kann auch niemand Gesamtgut von einem Ehemanne erwerben, weil er diese Ehemannseigenschaft nach dem Gesetze wissen muß, insoweit also ihm der gute Glaube fehlt. Die Vermögensübertragung ist hier unmöglich, daher ist auch die Abgabe der Einigungserklärungen sinnlos und rechtlich ohne Bedeutung. Aber eine Ausnahme von der Abstraktheit ist hierin nicht zu finden, da die Nichtigkeit nicht durch die Art und Beschaffenheit der causa, sondern durch die Unmöglichkeit einer Einigung im Sinne des Sachenrechts herbeigeführt wird.

c) Auf die Übertragung sonstiger dinglicher Rechte.

Analog den Vorschriften über den Erwerb von Eigentum werden die übrigen dinglichen Rechte, die das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, behandelt. Auch diese Rechte entstehen bei zugrunde liegender turpis causa in jedem Falle; ob sie wieder rückgängig gemacht, ob also der Erwerber des Rechts dasselbe wieder herausgeben muß, richtet sich nach den Vorschriften des § 817, ist also verschieden, je nachdem beide Kontrahenten ein Verstoß gegen die guten Sitten trifft oder nur einen Teil.

Es kommen bezüglich der beweglichen Sachen der Nießbrauch und das Pfandrecht in Frage. Im Gegensatz zum gemeinen Recht gilt bei beiden Rechten das Prinzip der Publizität. Die Bestellung des Nießbrauches richtet sich nach den Vorschriften über Eigentumserwerb, das Pfandrecht verlangt gleichfalls Besitz auf seiten des Pfandgläubigers mit der Ausnahme, daß ein Pfandrechtserwerb durch constitutum possessorium ausgeschlossen ist. Infolgedessen sind auch die Wirkungen der turpis causa auf den Bestand dieser Rechte ebenso wie bei der Eigentumsübertragung, d. h. der dingliche Akt selbst wird von der turpis causa nicht berührt.

Dem Pfandrechte ist jedoch vom Gesetze eine rein akzessorische Natur beigelegt, und deshalb erlischt es, sobald die Forderung, für die es bestellt ist, untergegangen ist (§ 1250). Ist die Forderung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so ist auch das Pfandrecht nichtig. Denn die Einigung betrifft hier eine Vereinbarung über die Begründung eines Pfandrechts, dieses setzt aber begrifflich eine Forderung voraus, sonst kann es gar nicht entstehen, mithin kann auch die Parteivereinbarung dieses Entstehen ohne Forderung nicht herbeiführen, die Einigung geht dann auf etwas Unmögliches, ist also nichtig, der Pfandbesteller kann den Pfandgegenstand zurückfordern, gleichgültig, ob ihn selbst der Vorwurf der Unsittlichkeit trifft oder nicht.

Infolge der akzessorischen Natur des Pfandrechts muß man sogar dazu kommen, die Pfandrechtsübertragung für ein notwendig kausales Rechtsgeschäft zu halten. Denn man ist ja gar nicht genötigt, nach einer besonderen causa des Verpfändungsgeschäfts zu fragen, da dasselbe „den ihm wesentlichen Sicherungszweck deutlich an der Stirn trägt".[45])

Die Gegner, die die Eigentumsübertragung bei zugrunde liegender turpis causa für nichtig erklären, kommen bei der Begründung eines Pfandrechts zu einem falschen Ergebnisse. Sie müßten konsequenterweise auch hier den Anspruch auf Rückgabe des Pfandobjekts für ausgeschlossen halten durch den Satz „in pari turpitudine potior est condicio possidentis". Der Pfandrechtsbesteller ginge also bei der Pfandrechtsbestellung zugleich seines Eigentums an dem Pfandrechtsobjekte verlustig. Denn es ist nicht einzusehen, warum die Gegner jenen römischen Satz nur dann

---

[45]) Rümelin im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 97 S. 224 f.

anwenden, wenn die Parteien Eigentum übertragen wollten. Wenn die Einigung auch hier nichtig ist, so bleibt doch in jedem Falle die Besitzübertragung. Für sie müßte logischerweise stets der Satz „in pari turpitudine etc." gelten, gleichgültig, ob die nichtige Einigung Eigentumsübertragung oder Pfandrechtsbestellung betraf.

Anders beim Nießbrauch. Lag in dem seiner Bestellung zugrunde liegenden Geschäfte ein Verstoß gegen die guten Sitten, so ist trotzdem der Nießbrauch gültig; maßgebend ist auch hier wie bei der Eigentumsübertragung der Satz „in pari turpitudine etc." Traf nur den Empfänger ein Verstoß, so muß er auf die condictio des Bestellers hin den Nießbrauch herausgeben, d. h. bei Bestellung durch traditio muß er den Gegenstand herausgeben, bei Bestellung durch brevi manu traditio geht die Klage aus § 817 Satz 1 dahin, daß der Beklagte darin einwillige, daß der Nießbrauch nicht mehr ihm, sondern dem Kläger zustehe, mit dem Urteile gilt diese Erklärung als abgegeben, und der Beklagte hat das Nießbrauchsrecht nicht mehr. Bei Nießbrauchsbestellung durch constitutum possessorium kann der Besteller, da er ja Besitzer geblieben ist, dem Nießbraucher einfach den Nießbrauch verweigern, bei Klage jenes kann er ihm die Einrede aus § 817 entgegenhalten, durch die der Anspruch des Klägers auf Nießbrauch zerstört wird. Die Wirkung der Nießbrauchsbestellung durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruches ist ähnlich der durch brevi manu traditio: A bestellt dem B einen Nießbrauch an einer Sache, die C besitzt, die A aber von C herausverlangen kann, durch Einigung und Abtretung dieses Herausgabeanspruches. B trifft durch die Annahme des Nießbrauches ein Verstoß gegen die guten Sitten. Dann geht die Klage des A gegen B aus § 817 auf Einwilligungserklärung des B in die Aufhebung des Nießbrauchs und Rückzession des Besitzanspruches; mit dem Urteile verliert B sein Nießbrauchsrecht und muß den Besitz des Gegenstandes als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben.

Auf die Bestellung von Rechten an Grundstücken findet die Bestimmung des § 138 ebensowenig Anwendung wie auf die Übertragung des Eigentums an Grundstücken. Durch diese Bestellungen werden Rechte unmittelbar vergeben, und es kann daher auch hier der Umstand, daß die Rechtsverschiebung auf Grund einer unsittlichen causa vorgenommen ist, die Gültigkeit des Rechtes, so wie es im Grundbuche aufgezeichnet steht, nicht berühren. Solange kein Widerspruch eingetragen ist, spricht nach dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens, der für das Grundbuch gilt, die Vermutung, daß der als Berechtigter Eingetragene auch materiell berechtigt ist. Ob er auch bei zugrunde liegender Unsittlichkeit materiell berechtigt ist, ist ebenso zu entscheiden wie bei den oben dargelegten Rechten, maßgebend ist auch hier der § 817. Es kommen in Frage Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten und die Grundstückspfandrechte. Letztere sollen unten besonders behandelt werden. Die übrigen der genannten Rechte sind im Augenblicke der Eintragung nach vollzogener

Einigung begründet. Die Vorteile, die der Erwerber nunmehr fortgesetzt aus dem Recht bezieht, haben ihren Rechtsgrund in dem Begründungsakte, der seinerseits auf einer unsittlichen causa beruht. Hat nur der Erwerber durch Annahme des ihm übertragenen Rechtes gegen die guten Sitten verstoßen, so hat der Veräußerer einen Rückforderungsanspruch, also einen Anspruch auf Löschung des Rechtes im Grundbuche, bei Unsittlichkeit beider bleibt das Recht als gültig bestehen.

Wie die Hypothek unter gleichen Verhältnissen zu behandeln ist, hat neuerdings wieder auf Grund der zu Beginn meiner Abhandlung genannten Reichsgerichtsentscheidung[46]) zu Streit Anlaß gegeben. Der Grund liegt einmal darin, daß die Hypothek im Prinzip akzessorisch gedacht ist und daher nicht so unabhängig existieren kann wie andere dingliche Rechte,[47]) ferner darin, daß man die Hypothekenbestellung entweder als eine Erfüllungsleistung oder nur als eine Sicherung auffaßt. Die analoge Behandlung der Hypothek mit dem Pfandrecht an beweglichen Sachen verbietet sich mit Rücksicht auf das Grundbuch, das öffentlichen Glauben genießt. Man kann daher nicht sagen, daß die Hypothek infolge ihrer akzessorischen Natur stets eine Forderung voraussetzt und daher überhaupt gleichfalls nicht existiert, wenn die Forderung nichtig ist.

Die Frage ist von besonders praktischer Bedeutung bei der Bordellhypothek.[48]) Wir haben schon oben erwähnt, daß das Reichsgericht erfreulicherweise bei der Veräußerung eines Bordellgrundstückes dem § 138 eine einschränkende Bedeutung beigemessen hat, daß insbesondere der Verkauf eines Bordellgrundstückes nicht schon wegen der Bordelleigenschaft, sondern nur dann für nichtig angesehen wird, wenn aus der Höhe des Kaufpreises zu ersehen ist, daß er mit Rücksicht auf die Einkünfte aus dem unsittlichen Betriebe gebildet ist.

Nehmen wir an, daß in letzterem Falle der Käufer des Bordells für einen Teil des hohen Kaufpreises dem Verkäufer eine Restkaufgelderhypothek auf dem Bordellgrundstücke einräumt, also für eine Forderung, die nach § 138 nichtig und mithin gar nicht zur Entstehung gelangt ist. Dann erheben sich folgende Fragen:

1. Hat der Bordellverkäufer die Hypothek erworben und kann er sie geltendmachen? Dies bejaht Förster,[49]) nur bestimmt er, daß das obligatorische Element wegen Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages ausscheide, so daß sich die Hypothek in Wahrheit in eine Grundschuld verwandele; sie könne wegen Nichtigkeit des Kausalgeschäfts nicht kondiziert, aber es könne die Forderung nicht mit der persönlichen Klage geltend gemacht werden.

---

[46]) Bd. 63 S. 179 ff.
[47]) Anders u. a. Biermann zu § 1113.
[48]) vgl. DJZ. 1907 S. 109 ff., 454 f., 534 ff.
[49]) Im Recht Bd. 9 S. 357.

2. Ist etwa überhaupt ein dingliches Recht nicht entstanden? Diese Ansicht erscheint irrig, denn hält man die Bestellung des dinglichen Rechtes für nichtig, dann ist auch die Eigentumsübertragung nichtig. Letztere Auffassung haben wir bereits oben zurückgewiesen, indem wir dem redlichen Veräußerer gegen den unredlichen Erwerber nur die condictio nach § 817 gewährten. Bei einem Bordellverkaufe werden jedoch in der Regel beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen, so daß gegen das begründete Eigentum nach dem römischrechtlichen Satze „in pari turpitudine etc." die condictio des Veräußerers versagen wird.

3. Hat der Käufer, also jetziger Eigentümer, nicht nach § 1163 die Hypothek als forderungsentkleidete Eigentümerhypothek erworben? Das Reichsgericht hat in der erwähnten Entscheidung die Anwendung des § 1163 abgelehnt mit der Begründung, daß seine Anwendung dem § 817 zuwiderlaufe.[50]) Denn würde man die Hypothek als Eigentümerhypothek ansehen, so würde man indirekt dem Grundstückseigentümer das geben, was ihm nach § 817 Satz 2 versagt sei. Reichel[51]) hält diesen Standpunkt für richtig, da nach seiner Auffassung in der Hypothekenbestellung nicht nur eine Sicherung, sondern schon Gewährung liege und sie entweder den Erfüllungsakt oder datio in solutum darstelle. Das Geleistete könnte aber bei turpis causa nach § 817 Satz 2 nicht zurückgefordert werden, der Rückforderung käme es gleich, wenn man dem Eigentümer einen Anspruch auf Beseitigung der Hypothek, insbesondere einen Anspruch aus § 1169 gewährte oder ihm die Hypothek als Eigentümerhypothek einräumte. Reichel hält die Hypothek insbesondere auch noch deshalb für gültig, weil die zugrunde liegende unsittliche Forderung nicht ganz und gar nichtig sei; das gehe daraus hervor, daß das auf die Forderung Geleistete nicht zurückgefordert werden könne; die Schuld aus einer unsittlichen Forderung sei analog der Naturalschuld zu behandeln.

Dies aus § 817, aus der Nichtrückforderbarkeit der Schandschuld zu folgern, halte ich für verfehlt. Die Regelung im § 817 hat andere Gründe. „Der Ausschluß der Rückforderung beruht nicht etwa auf einer halben Anerkennung der Forderung, sondern lediglich darauf, daß das Gesetz, trotzdem es die Forderung ganz und gar verwirft, sich nicht entschließen kann, dem turpiter dans wider den turpiter accipiens zu helfen."[52]) Dem Gesetze ist es gleichgültig, ob und wie zwei Unredliche gegenseitig sich Vermögenswerte austauschen. Denn dieser Austausch geht vor sich kraft der Parteiwillen. Dagegen verweigert es seine Hilfe, wenn der Unredliche eine Vermögensverschiebung, deren Rechtsgrund unsittlich ist, erst erzwingen will. Das Geschehene zu ändern, hat das Gesetz aber nur Veranlassung, wenn durch die eingetretene Vermögensverschiebung der

[50]) Es hat allerdings diesen Standpunkt in der neuesten Entscheidung (Urteil v. 11. 3. 1908 in JurW. 1908 S. 297 f.) wieder verlassen.

[51]) In DJZ. 1907 S. 109 ff.

[52]) Lenel in DJZ. 1907 S. 455 f.

Redliche verletzt ist. Aus diesen Gesichtspunkten heraus ist die unsittliche Forderung nichtig und klaglos, das zur Erfüllung dieser Forderung Geleistete aber im Falle der Unsittlichkeit beider Kontrahenten nicht rückforderbar. Wenn die Forderung aber nichtig ist, dann ist sie nicht zur Entstehung gelangt, nach § 1163 Abs. 1 steht dann die Hypothek, die für eine solche Forderung bestellt ist, dem Eigentümer zu. Entsprechend der akzessorischen Natur ist für den Gläubiger der nichtigen Forderung auch keine Sicherung bestellt. Nach der herrschenden Meinung[53]) ist die Hypothek wie im römischen Recht Sicherung und nicht Gewährung, die Bestellung einer Hypothek bringt den Anspruch des Gläubigers auf Geldzahlung nicht zur Erfüllung, sondern soll nur die Erfüllung sichern.[54]) Wenn auch im Verkehr die Einräumung einer sicheren Hypothek oft an Stelle der Zahlung tritt, so wird dadurch an ihrer juristischen Konstruktion nichts geändert.

Wenn man dieser Auffassung, die Hypothek sei Sicherung, beitritt, so kann der Grund, den das Reichsgericht und Reichel für die Ausscheidung des § 1163 Abs. 1 in diesem Falle aufführen, nicht standhalten: § 1163 dürfe deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil der Eigentümer durch die Eigentümerhypothek etwas erhielte, was ihm nach § 817 Satz 2 versagt sein sollte. Der § 817 hat aber, wie schon erwähnt, den Grundsatz „in pari turpitudine potior est condicio possidentis“ oder „beatus possidens“. Wenn der Eigentümer für eine nichtige Forderung eine Hypothek einräumt, so hat er dem Gläubiger nichts geleistet, da nach positiver Gesetzesvorschrift dem Gläubiger einer nichtigen Forderung für diese Forderung keine Hypothek bestellt werden kann. Sie wird im Momente der Bestellung Eigentümerhypothek; mithin ist die Stellung des Eigentümers immer noch die eines possidens und der Grundsatz des § 817 nicht verletzt.[55]) Die Eigentümerhypothek verwandelt sich nach § 1177 in eine Grundschuld, der Eigentümer kann danach Berichtigung des Grundbuchs verlangen, da die Eintragung der Hypothek mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht.

In allen diesen Fällen ist vorausgesetzt, daß die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, tatsächlich nichtig ist, und es soll damit nicht gesagt sein, daß an einem Bordellgrundstücke überhaupt keine Hypotheken bestellt werden können. Denn soweit der Kaufpreis nicht lediglich ein Äquivalent für die Bordelleigenschaft bildet, insoweit wird er auch geschuldet und insoweit kann für ihn zur Sicherung eine Hypothek bestellt werden. Im übrigen wird sie immer Eigentümerhypothek sein, da der Gläubiger, also bei der Restkaufgelderhypothek der Verkäufer des Grundstücks, ebenso wie der Käufer die Hypothek niemals im guten Glauben erworben haben werden.

---

[53]) vgl. Mugdan Bd. 3 S. 793; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 680 f.
[54]) So auch Urteil des RG. v. 11. 3. 1908 in JurW. 1908 S. 298.
[55]) vgl. Matthiessen in DJZ. 1907 S. 534.

Anders bei der Grundschuld. Sie ist entsprechend ihrem Ursprunge aus dem deutschen Rechte nicht akzessorischer Natur, sie entsteht also unabhängig von einer persönlichen Forderung und bildet lediglich eine dingliche Haftung des Grundstücks. Der schlaue Verkäufer des Grundstücks wird also durch Bestellung einer Grundschuld das erreichen, was ihm mit Hilfe der Hypothek versagt geblieben ist,[56]) es sei denn, den Grundstückseigentümer träfe kein Vorwurf des Verstoßes gegen die guten Sitten, was wohl nicht denkbar ist. Die Möglichkeit einer Grundschuldbestellung ihm zu nehmen, erscheint mir vom Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches aus nicht angängig. Die Grundschuld ist und bleibt eine Verhaftung des Grundstücks, eine obligatorische Verpflichtung des Eigentümers liegt nicht vor. Man kann also nicht sagen, daß der Eigentümer mit der Bestellung einer Grundschuld eine Verbindlichkeit eingeht i. S. von § 817 Satz 2, und er kann daher auch nicht Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen, m. a. W. die Grundschuld bleibt gültig bestehen.

Daß in diesem Falle der Verkäufer einen Vorteil erlangt, der ihm durch Hypothekenbestellung versagt bleibt, daß ihm also das Gesetz das gibt, was es im anderen Falle nicht gewährt, ist gleichgültig. Wer sich in schmutzige Sachen einläßt, handelt auf eigene Gefahr und muß gewärtig sein, daß er vom listigeren Geschäftsmann übervorteilt wird. Es wird gerade hierdurch erreicht werden, daß die meisten ihre Hände von derartigen gesetzlich gemißbilligten Geschäften davonlassen und ein Paktieren unter unlauteren Motiven nicht den ganzen Verkehr ergreift. Das Gesetz kann die Grundschuld ruhig als gültig anerkennen, denn es ist ja aus ihr, da sie abstrakt ist, nicht zu erkennen, welche unlauteren Motive ihre Bestellung veranlaßt haben. Anders bei der Hypothek. Da sich Gesetz und Moral, wie zu Anfang ausgeführt, niemals ganz decken werden, da die Forderungen der Moral weitergehend sind, hat das Gesetz damit den richtigen Standpunkt eingenommen. Es erforscht nicht die Handlungen der Menschen bis in ihre außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegenden Motive danach, ob nicht etwa ein Verstoß gegen die Moral zu entdecken ist,[57]) sondern es versagt nur dann seine Hilfe, wenn ein Widerspruch mit den moralischen Anschauungen der Menschen in den Geschäften offen zutage tritt und es hier seine Sanktion verweigern muß, wenn anders es seine erzieherische Bedeutung behalten will.

---

[56]) So auch u. a. Mayr S. 578; vgl. auch Förster im Recht Bd. 9 S. 357: „Denn auch die Bestellung der Grundschuld ist eine auf einem (abstrakten) dinglichen Vertrage beruhende Sachleistung".

[57]) Ähnlich Schloßmann, Die causa S. 24.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.